Die Geltendmachung fremden Schadens

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Erich Wiggert

Gerichtsreferendar

in Bremen

Marburg 1933

Dissertationsdruckerei und Verlag Konrad Triltsch, Würzburg.

Als Dissertation von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 12. 9. 31.

Berichterstatter:
Geh. Justizrat Professor Dr. Franz Leonhard.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern

Inhaltsübersicht.

Seite

§ 1: Das Problem 1

§ 2: Auszuscheidende Fälle 2
a). Das Haftungsinteresse 2
b). Das Zurückbehaltungsinteresse 4
c). Das Gebrauchsinteresse 4
d). Einbeziehung des transitorischen Interesses in das Problem 4

§ 3: Die Geltendmachung von Ansprüchen, die den Nachweis eines eigenen Interesses nicht erfordern 10

§ 4: Lösungsversuche 11
a). Ablehnung der Geltendmachung fremden Schadens 11
b). Begründung eines Haftungsinteresses 11
c). Ableitung aus Gesetzesvorschriften 17
d). Billigkeitstheorie 23

§ 5: Aufzustellende Grundsätze, insbesondere Voraussetzung der Haftung bei vertraglicher Beziehung 25

§ 6: Die Haftung bei einem Schuldverhältnis ex lege zwischen Gläubiger und Schuldner 27

§ 7: Die Haftung bei deliktischer Beziehung zwischen Gläubiger und Schuldner 28

§ 8: Die Höhe des Schadensersatzanspruchs.
Erkennbarkeit und Nichterkennbarkeit der Drittbeteiligung . . 29

§ 9: Die Gestaltung des Schadensersatzanspruchs 33
a). Leistung an den Dritten 33
b). Die Rechtsstellung des Dritten 38

Schrifttum.

Burkhardt, Der Schadensersatzanspruch des Forderungsberechtigten bei Beschädigung des Gegenstandes der Leistung an einen Dritten. Diss. Tübingen 1901.

Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte nach römischem und heutigem Reichsrecht. 1897.

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch. II. Bd. 1910, 2. Aufl.

Endemann, Der Anspruch auf Schadensersatz und die Haftung für Schadensersatz des sogenannten mittelbar beteiligten Dritten. Vortrag, gehalten am 12. 12. 1903 in der Juristischen Gesellschaft in Berlin, mitgeteilt im 45. Jahresber. über die Wirksamkeit der Juristischen Gesellschaft zu Berlin S. 46 ff.

Enneccerus, Lehrbuch d. Bürgerlichen Rechts. Allgemeiner Teil, 10. Bearb. 1928. Marburg.

Enneccerus-Lehmann, desgleichen. Schuldrecht, II. Bd. 1. Hälfte, 11. Bearbeitung, Marburg 1930.

Fischer, H. A., Der Schaden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch f. d. Deutsche Reich. Jena 1903.

— Besprechung von Kunze „Die Haftung des Schuldners für den Schaden des Drittbeteiligten". In Zeitschrift f. Handelsrecht 66, 425 (ZHR).

Fischer, O. Chr., Die Verletzung des Gläubigerrechts als unerlaubte Handlung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. 1905.

Goldmann-Lilienthal, Allgemeiner Teil und Recht der Schuldverhältnisse des BGB. I. Bd. 2. Aufl. 1903.

Gramsch, Das transitorische Interesse. Diss. Königsberg 1929.

Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte, 1899.

Josef, Die Begründung der Schadensberechnung aus fremdem Interesse. In Arch. f. d. ziv. Prax. 113, 113.

Kreß, Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts. 1929.

Kluckhohn, Zum Problem der Schadensliquidation aus fremdem Interesse. In Arch. f. d. ziv. Prax. 111, 406.

Krückmann, Schadensliquidation aus fremdem Interesse. In Jher. Jahrb. 56, 245.

Kunze, Die Haftung des Schuldners für den Schaden des Drittbeteiligten, 1909.

Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts, Leipzig 1908.

Leonhard, F., Allgemeines Schuldrecht des BGB. I. Bd. Systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft, 1929.

Müller-Erzbach, Die Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung, aus der Interessenslage entwickelt, 1905.

Nebelsieck, Die Haftung des Schuldners für den Schaden des beteiligten Dritten. Diss. Liebenwerder 1913.

Oertmann, Kommentar zum BGB. II. Bd. 1. Abt. 5. Aufl. 1928. II. Bd. 2. Abt. 5. Aufl. 1929.

Planck, Kommentar zum BGB. II. Bd. 1. Hälfte, 4. Aufl. 1914.

Plickert, Die Haftung des Vertragsschuldners für den Schaden eines Dritten. Diss. Königsberg 1928.

Protokolle zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Rabel, „Unmöglichkeit der Leistung" in der Festgabe für E. J. Becker zum 16. 8. 07.

Rappaport, Die Einrede aus dem fremden Rechtsverhältnisse. Berlin 1904.

Regelsberger, Ersatzpflicht auf Verträgen für den Schaden, den durch den Vertragsbruch ein Dritter erleidet. Jher. Jahrb. 41, 251.

Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen 1903.

Reichsgerichtsräte-Kommentar zum BGB., II. Bd. 1928, 6. Aufl.

Reuß, Kann bei Schadensersatzansprüchen das Interesse eines Dritten verfolgt werden? Diss. Dessau 1923.

Rodig, Die Schadensliquidation im Drittinteresse unter besonderer Berücksichtigung des ausländischen Rechts. Diss. Jena 1930.

Rümelin, Die Verwendung der Kausalbegriffe im Straf- und Zivilrecht. Arch. f. d. ziv. Prax. 90, 171.

Rust, Der Anspruch auf Ersatz fremden Schadens. Diss. Marburg 1928.

Schloßmann, Die Lehre von der Stellvertretung. II. Teil: Versuch einer wissenschaftlichen Grundlegung, 1902.

Solmitz, Schadensforderungen des Kommissionärs auf Grund des Interesses des Kommittenten im neuen Recht. Hanseatische Gerichtszeitung, Hauptblatt 1899- S. 289 (Hans. G S).

Stammler, Die Einrede aus dem Recht eines Dritten. In der Festgabe der Juristischen Fakultät der Universität Halle-Wittenberg für Dernburg 1899.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. II. Bd. 12./13. Aufl.

v. Staudinger, Kommentar zum BGB. Allgemeiner Teil. I. Bd. 9. Aufl. 1925.
— desgl. Schuldrecht, II. Bd. I. Tl. 9. Aufl. 1930.

Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht, 1900.

v. Tuhr, Eigenes und fremdes Interesse bei Schadensersatz aus Verträgen. In Grünhuts Ztschr. 25, 529.

— Besprechung von Hellwigs „Verträge auf Leistung an Dritte". In Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung u. Rechtswissenschaft, 43, 542 (Kr. V. S.).

— Besprechung von Fischer: „Schaden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch f. d. Deutsche Reich". In Krit. Vierteljahrsschr. 47, 63.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. II, 9. Aufl.

Zimmermann, Über die Verbindlichkeit desjenigen, der mit einem Kommissionär, ohne daß dabei des Kommissionsverhältnisses Erwähnung geschah, kontrahiert, zum Ersatz des aus einer Vertragswidrigkeit dem Kommittenten erwachsenen Schadens. In: Neues Archiv f. Handelsrecht (1858) Bd. 1 S. 48 ff.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.
Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.
Hanseatische Gerichtszeitung.
Juristische Wochenschrift.
Das Recht. Rundschau für den deutschen Juristenstand.
Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.
Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts.
Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554407_0051

§ 1.

Das Problem.

Bei der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen geht das Bürgerliche Gesetzbuch von der Regelung aus, daß grundsätzlich nur Ersatz des eigenen Schadens beansprucht werden kann. Verletzt der Vertragsschuldner den Vertrag oder begeht der Schuldner eine unerlaubte Handlung, so kann nur der Gläubiger Ersatz des ihm durch die Vertragsverletzung oder unerlaubte Handlung entstandenen Schadens verlangen. Darüber hinaus bleibt die Inanspruchnahme des Schuldners für den Schaden mittelbar Geschädigter ausgeschlossen. Die Vielgestaltigkeit des Rechtslebens hat aber Fälle herausgebildet, in denen diese Regelung der Schadensausgleichung nicht ausreicht, Fälle, in denen der Schaden nicht dem anspruchsberechtigten Gläubiger, sondern einem Dritten zugefügt wurde. Zwischen der Person des Gläubigers und der Person des Geschädigten mangelt es aber an der Identität, die grundsätzlich Voraussetzung für jeden Schadensersatzanspruch ist. Dem Gläubiger, der den Anspruch gegen den Schuldner besitzt, fehlt der Schaden, dem Dritten, der den Schaden hat, fehlt der Anspruch gegen den Schuldner. Hier gewinnt die Frage Berechtigung, ob der Gläubiger den Schaden des Dritten dem Schuldner gegenüber geltend machen kann, ob der Gläubiger diesen Schaden des Dritten seinem Anspruch zugrunde legen kann.

Praktisch wird diese eigentümliche Rechtstellung am häufigsten bei den Vertragsverhältnissen des Handelsverkehrs. Der Kommissionär ist von dem Kommittenten mit dem Einkauf von Waren beauftragt worden, der Kommissionär kontrahiert im eigenen Namen mit dem Schuldner. Infolge von positiver Vertragsverletzung, zu vertretender Unmöglichkeit oder Schlechterfüllung des Schuldners unterbleibt die ordnungsmäßige Lieferung der Leistung. Will der Kommissionär jetzt einen Schadensersatzanspruch geltend machen, so muß er den Eintritt eines eigenen Schadens beweisen. Das wird ihm jedoch nicht gelingen; er selbst hatte an der Leistung gar kein Interesse, nur im Interesse seines Kommittenten hat er sich zum Gläubiger seiner Leistung gemacht. Daß jemand im Interesse eines Dritten einen Vertrag abschließt, an dessen Erfüllung ihm jedes eigene Vermögensinteresse fehlt, berührt die Gültigkeit des Vertrages nicht. Das Gesetz gewährt ihm alle Mittel zur Durchsetzung des Erfüllungsanspruchs ohne Rücksicht auf die Person des Interessenten (§§ 883 ff. ZPO), anders bei Schadensersatzansprüchen. Da er selbst die Unmöglichkeit der Leistung nicht zu vertreten hat, wird er auf Grund von § 275 BGB von seiner eigenen Leistungspflicht dem Komittenten gegenüber frei. Er selbst erleidet also gar keinen Schaden, der material Betroffene ist allein der Kommittent. Diesem fehlt aber der Anspruch gegen den Schuldner. Soll nun der vertragsbrüchige Schuldner von allen Ersatzansprüchen befreit sein?

Die dargelegten Schwierigkeiten zeigen sich bei allen Fällen mittelbarer Stellvertretung; doch sind sie nicht darauf beschränkt. Auch bei dem Tatbestand des § 701 BGB taucht die Frage auf, ob der Gast, der nicht Eigentümer der eingebrachten und beschädigten Sache ist, den dem Eigentümer

erwachsenen Schaden dem Gastwirt gegenüber geltend machen kann. Hier im Fall des § 701 BGB hat das Gesetz ein rechtliches Verhältnis zwischen Schuldner und Gläubiger aufgestellt.

Eine dritte Gruppe umfaßt die Fälle, in denen zwischen Schuldner und Gläubiger eine unerlaubte Handlung besteht, der Schaden aus der unerlaubten Handlung aber nicht den Gläubiger, sondern einen Dritten getroffen hat. Ein oft gewähltes Beispiel für diese Fälle bietet der § 447 BGB. Der Verkäufer hat die dem Käufer verkaufte Sache der Bahn zur Übersendung übergeben. Durch das Eingreifen einer außenstehenden Person wird die Sache zerstört. Der Käufer selbst hat keinen Anspruch aus unerlaubter Handlung, da das Eigentum an der Sache ihm noch nicht tradiert ist. Der Verkäufer selbst erleidet keinen Schaden, da er infolge Gefahrübergangs den Kaufpreis vom Käufer erhält. Kann jetzt aber der Verkäufer den Schaden des Käufers gegen den Schädiger geltend machen?

Es ist nicht zu verkennen, daß ein großes praktisches Bedürfnis in allen diesen Fällen dafür spricht, dem Gläubiger einen Schadensersatzanspruch im Interesse eines Dritten zu gewähren[1]). Wollte man aus rein konstruktiven Bedenken heraus eine Regelung dieser Frage ablehnen, so würde man dem Schuldner für sein schuldhaftes Verhalten geradezu einen Freibrief ausstellen. Tatsächlich haben die Praxis und die herrschende Lehre in der Wissenschaft sich über die im Gesetz vorhandenen Lücken hinweggesetzt und die Geltendmachung eines fremden Schadens anerkannt.

Diese Arbeit soll die Voraussetzungen der Geltendmachung fremden Schadens und die Gestaltung dieses Ersatzanspruchs darlegen.

§ 2.

Auszuscheidende Fälle.

Zur genauen Umgrenzung der Frage, wann der Gläubiger einen fremden Schaden geltend machen kann, erscheint es angebracht, zunächst alle die Fälle aus der Problemstellung auszusondern, in denen der Gläubiger Ersatz des eigenen Schadens beansprucht, durch dessen Beseitigung aber zugleich das Interesse des Dritten einen Schutz erhält. Diese Untersuchung ist umso mehr gerechtfertigt, als über die Struktur des sog. „transitorischen" Interesses die verschiedensten Zweifel bestehen.

a). Von der größten Bedeutung ist hier das von v. Tuhr[2]) so bezeichnete Haftungsinteresse. Durch die Nichtlieferung der vertraglich festgesetzten Leistung erleidet der mittelbare Stellvertreter direkt keinen Vermögensverlust, aber er hat an der Leistung insofern ein eigenes, wenn auch nur mittelbares Interesse, als er dem Dritten für den aus der Vertragsverletzung des Schuldners entstandenen Schaden haftet. Genau genommen handelt es sich in diesem Fall gar nicht um die Geltendmachung eines fremden Schadens, denn letzten Endes ist der Alleingeschädigte der mittelbare Stellvertreter; der Dritte erhält ja von diesem Ersatz seines Schadens. Die Berechtigung zur Geltendmachung dieses eigenen Schadens ist nur eine Frage des Kausalzusammenhangs, denn nur der Schaden ist dem mittelbaren Stellvertreter zu ersetzen, der in adäquaten Kausalzusammenhang mit der schädigenden Handlung steht. Das bereitet aber hier keine Schwierigkeiten, denn der kausal entstandene fremde Schaden löst als Folge zugleich die Ersatz-

[1]) Gegen dieses Bedürfnis allein: Staudinger-Riezler. Vorbem. § 249 III 2 b.

[2]) v. Tuhr, Grünhut Bd. 25 S. 538.

pflicht des mittelbaren Stellvertreters aus; für den Schaden des mittelbaren Stellvertreters besteht dadurch mittelbar auch adäquater Kausalzusammenhang.

Die Gestaltung des Haftungsinteresses zeigt sich am deutlichsten an einem Beispiel v. Tuhrs [3]) selbst. G hat von S Waren gekauft, um sie dem D zu liefern. Die Waren sind an D bereits weiter verkauft. S gerät in Verzug; G kann infolgedessen an D nicht rechtzeitig liefern. Hier erleidet D den Schaden. Für diesen ist aber G verantwortlich (§§ 284, 285, 279 BGB), er erleidet also unmittelbar selbst einen Schaden.

Ferner tritt das Haftungsinteresse überall da auf, wo der Gläubiger zur Erfüllung der ihm gegenüber dem Dritten obliegenden Vertragspflichten sich eines Angestellten bedient, für den er nach § 278 BGB einzustehen hat.

Das Haftungsinteresse ist, wie in den genannten Fällen, ein absolutes, wenn der Gläubiger für die Handlungen des Schuldners unbedingt, ohne Entlastungsbeweis einzustehen hat [4]). Hat der Gläubiger den dem Dritten entstandenen Schaden freiwillig ersetzt und fordert er jetzt seinen Schaden vom Schuldner, so wird man adäquaten Kausalzusammenhang auch dann noch bejahen, wenn die Ersatzleistung aus einer geschäftlichen Verbindung oder sonstiger geschäftlicher „Kulanz" hervorgeht [5]).

Die Schadensersatzpflicht des Schuldners bestimmt sich nach § 249 BGB dahin, daß er den Zustand herzustellen hat, der bestehen würde, wenn der zum Schadensersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Hat der Gläubiger einem Dritten seinerseits noch nicht geleistet, so ist er noch mit einer Verbindlichkeit dem Dritten gegenüber belastet. Von dieser Verbindlichkeit hat der Schuldner den Gläubiger zu befreien, sei es nun, daß er nun direkt die Schuld an den Dritten zahlt, sei es, daß er unter Zustimmung des Dritten die Schuld des Gläubigers übernimmt. Hat der Gläubiger den Dritten schon entschädigt, so kann er selbstverständlich Zahlung an sich verlangen.

Gegen die Höhe des Ersatzanspruchs werden Bedenken von Crome [6]) und Regelsberger [7]) geäußert. Das Interesse des Dritten an der Leistung könne infolge besonderer Umstände ungewöhnlich hoch sein; dann sei es unbillig, dem Schuldner diesen hohen Schaden aufzubürden, vielmehr sei nur der „objektive Wert" der Leistung oder „der nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge aus der Pflichtverletzung zu erwartende Schaden" zu ersetzen. Dieser Auffassung ist nicht beizustimmen [8]). Einmal sind für den Begriff des Schadens die reinen subjektiven Verhältnisse des Gläubigers maßgebend, andererseits wird die Höhe des Schadens durch den Kausalzusammenhang mit der schadenstiftenden Handlung bestimmt. Da der Schaden des Gläubigers mittelbar adäquat verursacht worden ist, wird die Höhe seines Ersatzanspruchs bemessen nach dem Schaden des Dritten, der unmittelbar adäquat verursacht ist. Insofern hat die von Tuhrsche Bezeichnung [9]) von „koinzidierenden Interessen" auch ihre Bedeutung. Maßgebend sind also die individuellen Verhältnisse des Dritten. Die Heranziehung des § 254 II BGB erscheint in diesen Fällen nicht mehr geboten als bei gewöhnlichen Schadensersatzansprüchen auch.

---

[3]) v. Tuhr, Grünhut 25, 538.
[4]) v. Tuhr, Grünh. 25, 538.
[5]) Leonhard, Schuldr., § 91; Planck, Erl. 6 a zu § 249.
[6]) Crome S. 308.
[7]) Regelsberger, Jhering 41, 273.
[8]) Dagegen auch Kurze S. 11.
[9]) v. Tuhr, Grünhut 25, 537.

Das Haftungsinteresse des Gläubigers ist ein relatives, wenn er für das Verschulden des Schuldners nur bei mitwirkendem eigenen Verschulden einzustehen hat, wie z. B. in dem Fall des § 691 I S. 2 BGB. Hat G die Sache des D dem S zur Verwahrung übergeben, dabei seiner Pflicht in eligendo, instruendo nicht Genüge getan, so ist er dem D zum Ersatz des Schadens verpflichtet, den dieser durch den Untergang der Sache bei S erleidet. S kann dem Ersatzanspruch des D nicht entgegenhalten, er selbst habe durch die schlechte Auswahl ja den Schadenseintritt mit herbeigeführt. „Die Frage, ob G dem D gegenüber ein Verschulden begangen hat, kann nicht zwischen G und S, sondern nur zwischen den Beteiligten G und D zur Entscheidung kommen“ [10]).

Bei dem absoluten wie relativen Haftungsinteresse ist Grundlage des Ersatzanspruchs stets der eigene Schaden des Gläubigers; unser Problem trifft daher für diese Fragen gar nicht zu.

b). Ebensowenig unterliegt unserer Fragestellung der Fall des sog. „Retentionsinteresses“ (Zurückbehaltungsinteresses) [11]). Darunter versteht man das Interesse, das jemand an einem Gegenstand eines anderen zur Sicherung eines Gegenanspruchs hat. G hat eine Sache des D dem S geliehen (vermietet, bei ihm hinterlegt), der sie zerstört. Die Zerstörung bewirkt für G insofern einen Schaden, als ihm jetzt die Möglichkeit genommen ist, sein Zurückbehaltungsrecht (§ 273 BGB) an der Sache auszuüben oder sich daraus zu befriedigen. Die Höhe des ihm erwachsenen Schadens bemißt sich jedoch nicht nach dem Wert der Sache, sondern erreicht nur die Höhe seiner Gegenansprüche für die er an der Sache ein Zurückbehaltungsrecht hätte ausüben können. Mit der Geltendmachung des Zurückbehaltungsinteresses verfolgt der Gläubiger den Ersatz seines eigenen Schadens; es scheidet also aus der für uns zu erörternden Frage aus.

c). Ähnlich liegt die Interessenlage bei dem sog. „Gebrauchsinteresse“. Hat der mittelbare Besitzer, der dem Eigentümer gegenüber besitzberechtigt ist, den unmittelbaren Besitz dem Schuldner überlassen, so hat der Schuldner bei Zerstörung der Sache dem mittelbaren Besitzer den Schaden zu ersetzen den dieser durch die Gebrauchsentziehung erleidet [12]).

d). Zuletzt soll nach der von v. Tuhr aufgestellten und in der Literatur [13]) vielfach vertretenen Ansicht bei dem sog. „transitorischen Interesse“ die Geltendmachung eines eigenen Schadens zutage treten. Hat der Gläubiger als indirekter Stellvertreter des Dritten kontrahiert, so soll die Leistung durch sein Vermögen hindurch in das des Dritten gelangen. Mit der Leistung an den Gläubiger entsteht wohl eine Vermehrung seines Vermögens, zugleich aber auch eine Verpflichtung zur Herausgabe der Leistung an den Dritten. Da die Leistung sich also im Vermögen des Gläubigers als Durchgangsposten darstellt, ist sein Interesse in diesem Falle ein transitorisches. Gleicher Art soll das Interesse sein, das der Verkäufer beim Versendungskauf nach erfolgtem Gefahrübergang auf den Käufer, sowie der Schenker an der formgültig versprochenen, noch nicht übereigneten Sache hat.

Die Höhe des transitorischen Interesses soll begrenzt sein durch den objektiven Wert der Leistung; ein höheres Interesse kann der Gläubiger

---

[10]) v. Tuhr, Grünhut 25, 543.
[11]) v. Tuhr, Grünhut 25, 538.
[12]) Kunze S. 28.
[13]) v. Tuhr, Grünhut 25, 536; Kr. V. S. 43; 584; Fischer S. 82; Kunze S. 16 ff.; Krückmann S. 266; Rümelin, Kr. V. S. 07, 687; Goldmann, Gruchot 54, 68; Oertmann, Vorb. § 249, 3 b α.

nicht verlangen, da dies eine dauernde Verbindung mit dem Vermögen des Gläubigers voraussetzt [14]).

Eine eingehende Untersuchung wird zeigen, daß der Begriff des transitorischen Interesses eine völlig unzutreffende Konstruktion ist und mit den tatsächlichen rechtlichen Verhältnissen durchaus nicht in Einklang zu bringen ist.

Ein transitorisches Interesse soll auch dann bestehen, wenn der Gläubiger eine Sache, deren Eigentümer er ist, dem Dritten herausgeben soll [15]). Infolge Verschuldens des Schuldners kann er nun die Sache dem Dritten überhaupt nicht oder nur in verschlechtertem Zustand herausgeben. Ein Beispiel wird die Unhaltbarkeit dieser Ansicht darlegen: G hat eine Sache dem S geliehen; daraufhin verkauft er sie an D. Seiner Verpflichtung kann er jedoch nicht nachkommen, da die Sache von S zerstört worden ist. Seine jetzt entstehende Schadensersatzforderung macht die Konstruktion eines transitorischen Interesses völlig entbehrlich. Der Gläubiger kann einfach dartun, daß sein Eigentum verletzt ist, daß er infolge der Verletzung die Sache an den Dritten nicht verkaufen kann; seine Schadensersatzforderung beläuft sich in diesem Fall nach § 249 auf die Herstellung des früheren Zustandes (also Leistung des objektiven Werts der Sache) und auf die in Richtung des durch den jetzt nicht ausgeführten Verkauf entgangenen Gewinns (§ 252 BGB). Das Interesse des Gläubigers hier als ein transitorisches hinstellen zu wollen und damit eine Beschränkung der Schadensersatzforderung auf den objektiven Wert des Gegenstandes bedeutet geradezu einen Widerspruch zu den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Der Begriff des transitorischen Interesses läßt sich jedoch durch folgende Überlegung widerlegen: Bleibt infolge Verschuldens des Schuldners die Leistung aus, so ist der Schaden, den der Gläubiger darin erleidet, gleich Null. Sein Vermögen wäre zwar um die Leistung des Schuldners bereichert gewesen, er wäre aber doch auf Grund des Kaufvertrages oder eines anderen Rechtsverhältnisses zur Weitergabe an den Dritten verpflichtet gewesen. Da er nun die Unmöglichkeit seiner Leistung nicht zu vertreten hat, wird er nach § 275 BGB von seiner Leistungspflicht frei. Einen Schaden hat er also gar nicht erlitten.

Gegen diese Beweisführung wird geltend gemacht [16]), die Berufung des Schuldners darauf, daß der Gläubiger wegen seiner Rechtsbeziehungen zum Dritten durch die Beschädigung oder den Verlust der Sache nicht geschädigt sei, stelle eine unzulässige exceptio ex iure tertii dar [17]). Aber einmal weist schon Planck [18]) richtig darauf hin, daß der Satz von der Unzulässigkeit der Einrede aus dem Recht eines Dritten kein Dogma sei, mit dem sich etwas beweisen ließe, sondern selbst sehr beweisbedürftig sei. Zum andern ist die Bezugnahme auf das Rechtsverhältnis des Gläubigers mit dem Dritten überhaupt keine Einrede im technischen Sinne, sondern einfach eine Klagleugnung; es wird einfach das Vorhandensein eines Schadens beim Gläubiger verneint. Will der Kläger einen Anspruch geltend machen, so ist er auch für die Anspruchsvoraussetzungen beweispflichtig [19]). Weist der Schuldner auf die nach § 275 BGB eingetretene Befreiung des Gläubigers dem Dritten gegenüber hin, so weist er auf eine Tatsache. Auf Tat-

---

[14]) v. Tuhr, Grünhut 25, 536; Fischer, S.
[15]) Kunze S. 16.
[16]) v. Tuhr, Grünhut, 25, 536; Fischer S. 84; Kunze S. 16.
[17]) s. auch RG 27, 125/6.
[18]) Planck, § 249 Erl. 6 b β.
[19]) Leonhard, Beweislast S. 156.

sachen aber, „sie mögen sich wann und wo immer ereignet haben, kann sich jedermann berufen“ [20]). Es ist mit dem besten Willen nicht einzusehen, weshalb der Schuldner einen Schaden ersetzen soll, den der Gläubiger überhaupt nicht erleidet und erlitten hat. Gramsch [21]) führt aus, die Einrede des Schuldners, daß der Gläubiger keinen Schaden erlitten habe, betreffe nur einen endgültigen Schaden des G. Könnte man unterstellen, daß G ein transitorisches Interesse dem S gegegenüber geltend machen kann, so wird ein solches von der Einrede des Schuldners nicht berührt. Wenn G zugeben muß, daß er ein dauerndes definitives Interesse an der Leistung wegen meines Freiseins von jeder Verbindlichkeit dem D gegenüber nicht nachweisen kann, aber die ein vorübergehendes, transitorisches Interesse geltend macht, das von der Rechtsordnung geschützt wird, so geht dieser Behauptung gegenüber der Einwand, G habe überhaupt keinen Schaden erlitten, fehl.

Gramsch verläßt mit dieser Auffassung den Boden der Wirklichkeit; es handelt sich hier nicht darum, Konstruktionen für die Haltbarkeit des transitorischen Interesses zu finden, sondern es heißt hier, die Dinge so sehen, wie sie liegen. Ein Schaden liegt nur immer dann vor, wenn in der Gesamtheit meiner Vermögensverhältnisse eine Verminderung eingetreten ist. Die Gesamtheit der aus einem Ereignis resultierenden nachteiligen Folgen muß rechnerisch die Gesamtheit der ausgelösten Einzelvorteile übersteigen [22]). Es läßt sich aber durch nichts rechtfertigen, willkürlich aus der Gesamtheit des Vermögens einen Gegenstand herauszugreifen und einen vorübergehenden Schaden zu unterstellen.

v. Tuhr [23]) sucht eine Rechtfertigung des transitorischen Interesses weiterhin mit der Erwägung zu geben, es könne die Möglichkeit eintreten, daß die Beziehungen des Gläubigers zum Dritten sich auflösen und der Gläubiger die Leistung definitiv in seinem Vermögen behält. Es ist ein Irrtum, hierin eine Stütze für die Konstruktion des transitorischen Interesses zu finden. Zweifellos erleidet der Gläubiger einen Schaden und zwar in Höhe des objektiven Werts des zerstörten Gegenstandes. Aber hier handelt es sich gar nicht mehr um die Geltendmachung eines transitorischen Interesses, sondern um die Geltendmachung eines definitiven Interesses im Vermögen des Gläubigers. Die tatsächlichen Verhältnisse haben sich völlig geändert. Dadurch, daß die Leistungspflicht an den Dritten infolge Auflösung des Vertragsverhältnisses entfällt und der Gläubiger die Leistung jetzt für sich behalten will, läßt sich von einem „Durchgangsposten“ schon gar nicht mehr reden. Der Gläubiger weist einfach nach, daß er jetzt den Schaden durch den Vertragsbruch erleidet, dazu bedarf es aber nicht der Fiktion eines transitorischen Interesses.

Zur Begründung des transitorischen Interesses wird weiter der Fall angeführt [24]), daß der Gläubiger den geschuldeten Gegenstand anderweit mit Vorteil habe veräußern können, um dann den Dritten zu entschädigen. Durch Nichtlieferung des Gegenstandes erleidet der Gläubiger einen Schaden in Höhe der Differenz der beiden Käufer. Diese Lösung kann jedoch nicht zutreffend sein. Einmal widerspricht es Treu und Glauben, wenn jemand tatsächliche Vorteile, die er nur durch eine vertragswidrige Handlung zu erlangen in der Lage gewesen ist, einem Ersatzpflichtigen gegen-

[20]) Rappaport S. 236, 244; vgl. Stammler S. 108.
[21]) Gramsch S. 27.
[22]) Fischer S. 218 und S. 14.
[23]) v. Tuhr, Grünhut 25, 536 Anm. 24.
[24]) v. Tuhr. Kr. V. S. 47, 69; Kunze S. 17.

über zur Begründung eines Schadensersatzanspruches geltend machen will [25]). Zum andern würde der Schadensersatz dem Gläubiger wenig nutzbringend sein, denn nach § 281 BGB wäre der Gläubiger dem Dritten zur Herausgabe des durch den vertragswidrigen Weiterverkaufs erlangten Entgelts in voller Höhe verpflichtet. Von der Entstehung eines eigenen Schadens kann daher gar keine Rede sein.

Oertmann [26]) führt für das transitorische Interesse den Fall des Versendungskaufs gemäß § 447 ins Feld. Bei dem Verkauf einer Sache ist zwar schon die Gefahr, jedoch noch nicht das Eigentum auf den Käufer übergegangen. Geht nach der Absendung die Sache ohne Verschulden des Verkäufers, wohl aber durch Verschulden der Transportperson, unter, so erleidet der Verkäufer nach Ansicht Oertmanns einen Schaden, da sein Eigentum verletzt worden ist. Inwiefern dieser Fall für die Existenz des transitorischen Interesses sprechen soll, ist, da über die Person des Verkäufers eine Leistung gar nicht bewirkt werden soll, nicht recht verständlich. Zum andern mangelt die Konstruktion eines Schadens jeglicher Begründung. Eine Schädigung des Verkäufers liegt hier gar nicht vor, denn, obwohl er dem Käufer den Kaufgegenstand nicht zu liefern vermag, erhält er jedoch infolge des Gefahrübergangs nach § 447 den Anspruch auf die Kaufpreiszahlung. Auch die Verletzung des Eigentums bringt ihm keinen Schaden. Wenn er die Sache auf Grund eines obligatorischen Verhältnisses herausgeben muß, die Nichtherausgabe aber für ihn keine materielle Benachteiligung bringt, so kann es dem Verkäufer völlig gleichgültig sein, insbesondere ohne materielle Bedeutung, ob seine Sache beschädigt wird oder nicht; seine Vermögenslage wird durch diese Umstände nicht berührt; einen Schaden erleidet er nicht [27]). Der Schuldner leugnet mit diesem Vorbringen nur die Klaggrundlage; von einer exceptio ex iure tertii kann daher nicht die Rede sein. Als den allein Geschädigten muß man in diesem Fall nur den Käufer ansehen, und erst hier gewinnt unser Problem Bedeutung, ob der Verkäufer den Schaden des Käufers gegen die Transportperson geltend machen kann.

Gegen diese Auffassung wendet sich Kunze [28]). Der Verkäufer habe den Anspruch auch dann, wenn der Käufer den Kaufpreis schon bezahlt habe. Der vom Käufer gezahlte Kaufpreis hat nicht die Funktion des Schadensersatzes für den Untergang der Sache, wie Hellwig annimmt [29]), sondern er stellt sich dar als Entgelt dafür, daß der Verkäufer die Pflicht übernommen hat, das Eigentum an der Sache auf den Käufer zu übertragen, daß er also sein Vermögen zugunsten des Käufers vermindern will. Mit dieser Polemik gegen Hellwig ist Kunze völlig im Recht; die Leistung des Kaufpreises ist Entgelt, nicht Schadensersatz, das beweist allein die Institution der Gefahrtragung. Falsch aber ist die Konstruktion eines Schadens; für den Gläubiger ist durch den Ausgleich mit dem Kaufpreis in seinem Vermögen materiell gar keine Veränderung eingetreten.

Hellwig [30]) behauptet, daß der Fall des § 447 zu Unrecht in die Erörterung unseres Problems einbezogen werde. Es sei gleichgültig für die Haftung des rechtswidrig Handelnden, daß der Geschädigte von einem Dritten bereits eine Leistung erhalten habe, welche dem Betrag seines Schadens

---

[25]) RG 90, 64; Staudinger § 157 Anm. 1.
[26]) Oertmann, Vorb. § 249, 3 b α.
[27]) Kluckhohn S. 425.
[28]) Kunze S. 20.
[29]) Hellwig S. 83.
[30]) Hellwig S. 83.

entspricht, aber aus einem anderen Grunde erfolge. Wie der Brandstifter nicht frei wird, wenn ein Wohltäter dem Eigentümer zum Wiederaufbau des Hauses die Mittel schenkt, ebenso, wie der Dieb nicht frei wird, wenn der Hinterleger von dem Verwahrer Schadensersatz wegen der infolge ungenügender Bewachung gestohlenen Sache erhält, ebenso, wie der Arbeitgeber nicht frei wird, wenn das durch seine Schuld in der Gesundheit geschädigte Dienstmädchen von anderer Seite Kur und Pflege oder Ersatz der Kosten erhält, ebensowenig wird der Frachtführer frei, wenn dem Verkäufer nach der Absendung der Kaufpreis gezahlt wird oder wenn er bereits vor ihr gezahlt war.

Diese Darlegung ist unrichtig; die angeführten Fälle sind völlig verschieden gelagert und lassen einen einheitlichen Grundsatz gar nicht folgern. Wenn dem Geschädigten, wie Hellwig selbst sagt, aus einem anderen Grunde etwas geleistet wird, so handelt es sich gar nicht um den Ausgleich eines Schadens, sondern um eine Zuwendung (bei dem Fall des Brandstifters und des Dienstmädchens um Schenkung), die nur durch die Schädigung erst veranlaßt wurde. Der Schaden bleibt trotzdem bestehen [31]). Und bei dem Fall des Verwahrungsvertrages haften dem Hinterleger Dieb und Verwahrer als Gesamtschuldner. Hat der Verwahrer dem Hinterleger den Schaden ersetzt, so wird der Dieb dem Hinterleger gegenüber frei; insofern ist Hellwigs Darlegung falsch. Haftbar bleibt der Dieb nur dem Depositar. Der Fall des § 447 BGB ist insofern von den oben genannten Beispielen verschieden, als die Leistung des Entgelts für den Kaufgegenstand gar nicht aus einem anderen Grunde, etwas aus Anlaß der entstandenen Schädigung geschieht, sondern weil der Käufer rechtlich zur Leistung des Kaufpreises verpflichtet ist. Dadurch gleicht sich in diesem Fall der Schaden aus. Schaden hat allein der Dritte, der Käufer erlitten und nicht derjenige, auf dessen Sache oder Person unmittelbar eingewirkt wurde; man muß Crome [32]) Recht geben, wenn er den Käufer als den materiell Geschädigten bezeichnet.

Man könnte allerdings, worauf auch Kluckhohn [33]) zuerst hinweist, an eine Schädigung des Verkäufers trotz des Gefahrübergangs an den Käufer denken, wenn der Verkäufer aus irgendeinem Grunde die Möglichkeit zur Anfechtung des Kaufvertrages besitzt. Der Verkäufer kann nach erfolgter Anfechtung Rückgabe des Kaufgegenstandes verlangen, den der Käufer nicht zurückgeben kann, da er den Kaufgegenstand gar nicht erhalten hat. Gleichwohl muß aber der Verkäufer den Kaufpreis an den Käufer zurückzahlen, erleidet also einen Schaden in Höhe des Kaufgegenstandes. Einen Schadensersatzanspruch wird man jedoch ablehnen müssen, da der Schaden nicht in ursächlichem Zusammenhang mit der Vernichtung entstanden ist. Die Vernichtung der Sache war für die Entstehung des Schadens ganz unerheblich und wurde es nur durch den außerordentlichen Umstand der Anfechtung des Vertrages [34]).

Von verschiedener Seite [35]) ist § 281 BGB zur Begründung des transitorischen Interesses herangezogen worden. Es sei anzunehmen, daß, wenn § 281 BGB den Beschädigten verpflichte, seinem Gläubiger den Ersatzanspruch abzutreten, den er für den die geschuldete Leistung unmöglich

---

[31]) Wenn der Brandstifter den Schaden ersetzt, so fällt der Anlaß der Schenkung weg, aber deshalb nicht die Schenkung selbst, denn dieser Anlaß ist nicht causa im Sinne von § 812 BGB; s. auch v. Tuhr, Kr. V. S. 43, 583.

[32]) Crome S. 305.

[33]) Kluckhohn S. 426/7.

[34]) Plickert S. 9.

[35]) Oertmann S. 45; Kunze S. 18.

machenden Umstand erworben hat, das Gesetzbuch diesen Anspruch als einen vorhandenen und nicht inhaltlosen darstelle. Die Bedeutung des § 281 BGB scheint hier überschätzt zu werden. Man kann § 281 als einen mittelbaren Beweis für das transitorische Interesse gar nicht heranziehen. § 281 schreibt lediglich vor, daß, wenn der Gläubiger einen Ersatzanspruch erlangt, er ihn an den Dritten abzutreten hat. Wann der Schuldner einen Ersatzanspruch erlangt, läßt sich jedoch aus dieser Vorschrift nicht entnehmen. § 281 bietet daher keinen Beweis für die Existenz des transitorischen Interesses [36]).

Selbst Fischer, der sich zunächst [37]) dem transitorischen Interessebegriff v. Tuhrs angeschlossen hat, kommt mit seiner Ansicht in Kollision bei dem Fall des § 518 BGB [38]). Zutreffend führt er aus, daß, wenn dem Eigentümer die Sache, die er nach § 518 BGB formgültig einem anderen versprochen hat, von einem Dritten zerstört wird, sein Interesse, das er nach § 281 BGB abzutreten hätte und für das der Schuldner aus Vertrag oder Delikt haften würde, gleich Null ist. Krückmann [38]) hält diese Ansicht für irrig. Man fühle nicht, wie auf diese Weise ein fester Vermögenswert, nämlich der gemeine Wert der Sache, dem Schenker entzogen wird. Ob eine Sache verschenkt oder verkauft werde, oder ob ich sie für immer behalten wolle, ihr gemeiner Wert sei und bleibe, solange ich Eigentümer bin, in meinem Vermögen und der Täter sei zum mindesten für jede Zerstörung auf den gemeinen Wert haftbar. Der Anspruch auf Ersatz des gemeinen Werts stelle also einen sicheren Vermögensposten dar, und es sei niemals richtig, daß nach § 281 unter Umständen eine inhaltslose Klage abzutreten wäre.

Sicher ist nach heutigem Recht die Zession einer actio inanis unmöglich. „Der Schuldner soll geben, was er hat, und wenn er nichts hat, gibt er nichts". Nur darin hat Krückmann Unrecht, daß die Zerstörung oder Verletzung des Eigentums stets einen Schaden des Eigentums mit sich bringt. Wo die Sache für den Eigentümer infolge des Schenkungsversprechens sowieso verloren und bedeutungslos ist, kann ihm die Zerstörung in seinem Vermögen auch keine Einbuße mehr bringen; er ist dadurch nicht geschädigt [39]) [40]). Man muß sich eben von dem Gedanken freimachen, daß eine Eigentumsverletzung stets eine Schädigung hervorruft.

Für die Realität des transitorischen Interesses versucht v. Tuhr [41]) noch die eigenartige Begründung zu geben, daß andere Gläubiger des Eigentümers, die ja ohne Rücksicht auf den Käufer sich an die Sache halten könnten, mit demselben Recht auch den Schadensersatzanspruch des Eigentümers pfänden können. Ihnen wird man doch nicht entgegnen können, daß der Eigentümer, weil er die Sache schuldet, gar keinen Ersatzanspruch gegen den Beschädiger hat. Die Bedeutung dieser Sätze ist unverständlich. Man kann doch dem Gläubiger nicht einen Ersatzanspruch gewähren wollen, um etwa

---

[36]) Gegen das transitorische Interesse: Titze S. 125; Müller-Erzbach S. 22 u. S. 47; Staudinger, Vorb. § 249 III 2 b; Kluckhohn S. 425—27; Plickert S. 10; Nebelsieck S. 4 f.; Planck § 249 Erl. 6 b α.

[37]) Fischer S. 83/84.

[38]) Krückmann, Jhering 56, 266.

[39]) Ebenso Nebelsieck S. 7.

[40]) Allerdings bei noch nicht fälliger Schenkungsschuld wird das Interesse des Gläubigers gleich dem Gebrauchswert der Sache bis zum Eintritt der Fälligkeit sein.

[41]) v. Tuhr in Kr. V. S. 47, 69.

vorhandenen Pfändungsgläubigern den Schutz ihrer Vermögensinteressen zu sichern. Wo ließe sich ein solcher Satz herleiten?

Die Ausführungen haben gezeigt, daß für den Begriff des transitorischen Interesses in unserem Recht kein Raum ist. Die angeführten Beispiele, der Fall des § 447, der Fall des § 518 BGB, sind vielmehr Fälle, in denen unser Problem gerade von Bedeutung wird: Kann der Verkäufer den Schaden des Käufers, kann der Schenkungsversprechende den Schaden des Versprechensempfängers gegen den Schuldner geltend machen? Auch die Begrenzung des transitorischen Interesses auf den objektiven Wert des Gegenstandes ist eine Konstruktion, der unser bürgerliches Gesetzbuch keine Stütze bietet. Abgesehen von einigen vom Gesetz besonders erwähnten Fällen [42]) besteht nirgends eine Objektivierung eines Schadens; unser Schadensersatzrecht läßt gerade die subjektiven Verhältnisse des Gläubigers für den Umfang der Schadensersatzpflicht maßgebend sein. Darüber hat sich aber die Theorie des transitorischen Interesses ohne weiteres hinweggesetzt.

§ 3.

Die Geltendmachung von Ansprüchen, die den Nachweis eines eigenen Interesses nicht erfordern.

Das Gesetz hat verschiedene Ansprüche aufgestellt, bei deren Geltendmachung es gleichgültig ist, ob sie im eigenen oder fremden Interesse erfolgen. Es ist dem Vertragsgegner für den Vertragsbruch Ersatz zu leisten, unabhängig davon, wem letzten Endes diese Ersatzleistung zufällt. Zu den genannten Ansprüchen gehören

1. die Gewährleistungsansprüche (Wandlung, Minderung),
2. die Ansprüche auf Vertragsstrafe.

Nach einer verbreiteten Ansicht [43]) soll bei den Ansprüchen des Absenders und Befrachters gegen den Frachtführer, die Eisenbahn, und den Verfrachter der gemeine Handelswert der Ware ersetzt werden (HGB §§ 430 I, II, 457 I, II, 611, 613), ohne daß es darauf ankommt, in wessen Vermögen der Schaden eingetreten ist. Denn während „das Interesse mit innerer Notwendigkeit auf die Person des Interessenten, des wirklich in seinem Vermögen Geschädigten", hinweise, fehle beim Sachwert „dieser notwendige Zusammenhang". Der Sachwert könne festgestellt werden, ohne daß untersucht zu werden brauche, zu wessen Vermögen die geschädigte Sache gehöre [44]). Dagegen bestehen keine Bedenken; unrichtig ist aber die Ansicht, daß dieser nach dem Sachwert bemessene Ersatzanspruch in jedem Falle dem Gläubiger zustehe, auch wenn sich das Interesse bei einem Dritten befinde. In § 430 HGB kommt nur zum Ausdruck, daß, wenn für den Verlust des Gutes auf Grund des Frachtvertrages von dem Frachtführer Ersatz geleistet werden muß, der gemeine Handelswert und in dessen Ermangelung der gemeine Wert zu ersetzen ist. Lediglich der Umfang der Ersatzpflicht wird durch diese Vorschriften näher umgrenzt. Die Voraussetzungen aber sind im § 429 HGB dargelegt, insbesondere muß ein Schaden entstanden sein. Hat der Gläubiger einen solchen gar nicht erlitten, dann ist er

---

[42]) HGB §§ 430 I, II, 457 I, II, 611, 613.

[43]) Staub § 430 Anm. 4; v. Tuhr, Grünhut 25, 546; Nebelsieck S. 2; ZHR 40, 538; Leonhard, Schuldr. § 90; a. M.: Düringer-Hachenburg § 430 II 1.

[44]) v. Tuhr, Grünhut 25, 544—47.

zu einer Schadensersatzforderung auch nicht berechtigt. Liegt der Schaden beim Dritten, so gewinnt auch hier unser Problem Bedeutung, ob der Gläubiger diesen fremden Schaden geltend machen kann.

§ 4.

Lösungsversuche.

a.) Dem Problem der Geltendmachung fremden Schadens stehen Riezler [45]) und Kreß [46]) völlig ablehnend gegenüber. Der Gläubiger soll dem Ersatzpflichtigen fremdes Interesse nur insoweit in Rechnung stellen, als es durch ursächliche Einwirkung auf sein eigenes Vermögen mittelbar auch eigenes Interesse ist [47]). Das würde aber nicht über die Fälle des oben erwähnten Haftungsinteresses hinausgehen und das eigentliche Problem ganz unberührt lassen. Kreß sieht in der weitergehenden Lösung eine Durchbrechung anerkannter Grundsätze: der Schaden eines nur unmittelbar Verletzten ist nicht zu ersetzen (RG. 97, 89). Daß man auf diesem engen Standpunkt nicht verharren kann, daß diese Auffassung vom Gesetzgeber selbst nicht gewollt war, zeigt die Fassung der Protokolle [48]): In dem § 221 a sollte der Fall der mittelbaren Beschädigung geregelt werden. Folgende Fassungen waren vorgeschlagen:

1.) Ist durch den die Ersatzpflicht begründenden Umstand einem Dritten ein Schaden entstanden, wegen dessen der Dritte von dem Ersatzberechtigten Abtretung des Ersatzanspruchs zu verlangen berechtigt ist, so erstreckt sich die Ersatzpflicht auf den dem Dritten entstandenen Schaden.

2.) Hat jemand im eigenen Namen für Rechnung eines anderen einen Vertrag mit einem Dritten geschlossen, so ist im Falle der Nichterfüllung von dem Dritten der Schaden zu ersetzen, welcher derjenige erlitten hat, für dessen Rechnung der Vertrag geschlossen wurde, ev. mit dem Zusatz: Die Vorschrift des ersten Absatz findet entsprechend Anwendung, wenn durch eine zum Schadensersatz verpflichtende Handlung Gegenstände beschädigt sind, welche der Beschädigte einem anderen herauszugeben verpflichtet ist.

Die Anträge wurden abgelehnt. Die Mehrheit der Kommission glaubte nicht, daß ein Bedürfnis besteht, die in den Anträgen behandelten Fragen durch eine besondere Vorschrift zu entscheiden, und zweifelte, ob sich für eine solche Vorschrift eine einwandfreie Fassung finden ließe. Die neueren Gesetzgebungswerke enthalten einen solchen Rechtssatz nicht; es könne angenommen werden, daß auch ohne eine ausdrückliche Bestimmung die Rechtsprechung wie bisher zu dem richtigen Ergebnis gelangen werde, und es empfehle sich nicht, in einer so zweifelhaften, noch nicht zu festem Abschluß gelangten Frage der wissenschaftlichen Entwicklung vorzugreifen.

b.) Die Versuche der Wissenschaft, eine theoretische Lösung für die Frage der Geltendmachung fremden Schadens zu geben, lassen sich in drei Gruppen einteilen. Die erste Gruppe umfaßt die Versuche derer, die das Interesse des beteiligten Dritten mit dem des Gläubigers gleichzusetzen ver-

---

[45]) Staudinger, Vorb. § 249 III 2.
[46]) Kreß S. 294.
[47]) Staudinger, Vorb. § 249 III 2.
[48]) Prot. Bd. I S. 298—300.

suchen. Es handelt sich letzten Endes bei dem Nachweis der Identität der Interessen um nichts anderes als die Konstruktion eines Haftungsinteresses.

Zimmermann [49]) hat diesen Nachweis zuerst für das gemeine Recht zu erbringen versucht. Ausgehend von dem im Handelsrecht häufig vorkommenden Kommissionsverhältnis, betont er, daß Erfüllung der Leistung aus dem Vertrage nur der Kommissionär als Kontrahent beanspruchen kann, daß der Schuldner dem Dritten gegenüber nicht verpflichtet ist, auch wenn er dessen Beteiligung kennt. Die rechtlichen Verhältnisse gestalten sich aber sogleich anders, wenn der Kommissionär nicht Leistungserfüllung, sondern Schadensersatz wegen Nichterfüllung vom Schuldner beansprucht. Der Schadensersatzanspruch setzt das Bestehen eines Schadens voraus, und zwar bei dem Gläubiger selbst. Eine Verpflichtung des Mitkontrahenten zum Schadensersatz ist nur ihm gegenüber, also auch nur insoweit begründet, als er einen Vermögensnachteil erlitten hat [50]). Und diesen Nachweis will Zimmermann durch die Konstruktion eines Haftungsinteresses darlegen. Der Kommissionär ist berechtigt, den Schaden des Dritten geltend zu machen, weil er indirekt auch an der Erfüllung des Kaufgeschäfts interessiert sei, denn er hafte dem Kommittenten grundsätzlich für die Ausführung des Geschäfts. Zur Begründung beruft er sich auf verschiedene Digestenstellen, von denen insbesondere zwei erwähnenswert sind:

1. 8 § 3 D. mand. (Ulpian):

> „Si quis mandaverit alicui gerenda negotia eius, qui ipse sibi mandaverat, habebit mandati actionem, quia et ipse tenetur. Tenetur autem, quia agere potest".

Es wird (nach Zimmermann) in dieser Stelle geradezu anerkannt, daß der procurator dem dominus — ohne Rücksicht auf eigene culpa — für die Handlungen und Unterlassungen des dritten Kontrahenten verantwortlich sei, und daß in dieser Verantwortlichkeit der Grund des gegen diesen dritten Kontrahenten ihm zustehenden Klagerechts liege. Eine Anerkennung dieses Satzes soll sich in L. 28. D. d. neg. gest. (3, 5) von Javolenus finden:

> „Si quis mandatu Titii negotia Seji gessit, Titio mandati tenetur, lisque aestimari debet, quanto Seji et Titii interest; Titii autem interest, quantum is Sejo praestare debet, cui vel mandati vel negotiorum gestorum nomine obligatus est. Titii autem actio competit cum eo, cui mandavit aliena negotia gerenda, et antequam ipse quidquam domino praestat, quia id ei abesse videtur, in quo obligatus est".

Titius hat, in Besorgung der Angelegenheiten des Sejus, mit einem Dritten kontrahiert. Es steht ihm dann gegen diesen Dritten die Kontraktsklage zu auf sein, des Titius und des Sejus Interesse.

v. Tuhr [51]) hält diese beiden Stellen zur Begründung eines Ersatzanspruchs nicht für anwendbar, da sie von einem ganz anderen Tatbestand handelten: Titius ist Mandatar des Sejus und übergibt die Ausführung des übernommenen Geschäfts einem Substituten. Hier liegt primäre Haftung des Titius gegenüber dem Geschäftsherrn vor. Er haftet bei Nichtausführung des Geschäfts und kann sich von seiner persönlichen Haftung nur befreien, wenn er nachweist, daß er an der Nichtausführung nicht schuld ist, d. h. zur Substitution befugt war und dieselbe ohne culpa in eligendo vel instruendo ausgeführt hat. Er hat ein relatives Haftungsinteresse an der Vertragser-

[49]) Zimmermann in Neues Arch. f. H. R. 1858, 48 ff.
[50]) Ebda. S. 67.
[51]) v. Tuhr, Grünhut 25, 551.

füllung des Substituten und daher auch einen Schadensersatzanspruch. Dieses Haftungsinteresse fehlt dem Kommissionär.

Gegen diese Ansicht v. Tuhrs ist zunächst einmal zu entgegnen, wie auch Regelsberger [52]) richtig ausführt, daß ein Unterschied zwischen dem zivilrechtlich Beauftragten und dem Kommissionär in der von v. Tuhr dargelegten Art gar nicht besteht. Für den Mißerfolg eines Geschäfts hat der Kommissionär, umsichtige Ausführung des Auftrags vorausgesetzt, ebensowenig aufzukommen wie der zivilrechtlich Beauftragte. Zum andern will Zimmermann in den angeführten Stellen gerade ein absolutes und nicht ein relatives Haftungsinteresse herauslesen. „Der procurator haftet dem dominus, weil er ein Klagerecht gegen seinen Mandatar hat, und er hat dieses Klagerecht, weil er dem dominus haftet". Hiernach hat der procurator auf jeden Fall eine Klage gegen seinen Kontrahenten [53]).

Zunächst bin ich geneigt, trotz der pathetischen Sätze von Regelsberger [54]), in den angeführten Stellen einen Zirkelschluß zu ersehen [55]). Die Haftung aus dem Klagerecht zu folgern und das Klagerecht wiederum aus der Haftung ist ein Beweis höchst zweifelhafter Natur [56]). Zum andern läßt sich aber — unterstellen wir die Richtigkeit der Beweisführung Zimmermanns — das für das gemeine Recht gewonnene Ergebnis nicht in das heutige Recht übernehmen. Diesen Vorwurf kann man auch Regelsberger [57]) nicht ersparen. Im Anschluß an Zimmermann führt er aus: „Gehört ein Problem einem Rechtsinstitut an, das vom BGB aus dem bisherigen Recht übernommen ist und steht die Lösung, die dieses Problem im bisherigen Recht gefunden hat, weder mit den Grundzügen noch mit den besonderen Vorschriften des BGB in Widerspruch, so ist an dieser Lösung festzuhalten, bis eine vertieftere Einsicht oder ein Umschwung in den Lebensverhältnissen die Abweichung gebietet" [58]). Wenn diese Voraussetzungen vorliegen, wird man keinen Grund in der Abänderung bisher gewonnener Ergebnisse finden. Tatsächlich liegen aber heute die Verhältnisse anders, was Regelsberger übersehen zu haben scheint. Hier bestimmen die §§ 664 I, 691 I BGB klar und deutlich, daß der Beauftragte für ein ihm nicht zur Last fallendes Verschulden nicht haftet. Die gleichen Grundlagen bestehen für die Stellung des Kommissionärs, abgesehen von den §§ 384 (Verletzung der Anzeigepflicht), 394 (Delcrederehaftung) HGB. Die Haftung ist heute nur eine relative, nicht eine absolute, wie Zimmermann und auch Regelsberger voraussetzen, und damit entfällt schon die Anwendung der von ihnen dargelegten Sätze [59]).

Unter Zugrundelegung der Zimmermannschen Formel hat Windscheid den noch weitergehenden Satz aufgestellt: „Hat sich der Gläubiger im Interesse eines anderen zum Gläubiger gemacht, so bildet den Inhalt seiner Interesseforderung der von diesem anderen erlittene Nachteil" [60]). „Dadurch, daß er (der Gläubiger) im Interesse eines anderen kontrahiert, macht er dessen Interesse zu seinem eigenen" [61]). Weitergehend ist der Satz in zweier-

[52]) Regelsberger, Jhering 41, 265.
[53]) So auch Regelsberger, Jhering 41 S. 265/66.
[54]) Ebda. S. 276.
[55]) Ebenso Fischer S. 92.
[56]) S. Kluckhohn S. 408.
[57]) Regelsberger, ebda. S. 274.
[58]) Regelsberger, ebda. S. 282.
[59]) Vgl. S. 3 u. 4.
[60]) Windscheid § 258 Ziff. 3.
[61]) Ebda. § 258 Anm. 19.

lei Hinsicht: Einmal soll das Motiv meines Handelns genügen, eine Forderung aus fremden Interesse zu begründen — eine unhaltbare Auffassung. Droht meinem Freunde durch Pfändung der Verlust eines wertvollen Reitpferdes und entschließe ich mich, durch Aufnahme eines Darlehens und Überweisung desselben an den Freund ihn vor dem drohenden Schaden zu bewahren, dann kann ich bei ausbleibender Darlehnsleistung den Schaden, den jetzt der Freund durch Vollstreckung der Pfändung erleidet, nicht einfach zur Begründung meiner Schadensersatzforderung heranziehen [62]). Es fehlt hier an jedem rechtlichen Schutz des Fremdinteresses. Das veranlaßt auch Rehbein [63]), der grundsätzlich auf dem Boden Windscheids steht, zu einer Einschränkung der Windscheidschen Formel. Nach ihm hat der Satz nur Berechtigung, wenn zwischen dem Gläubiger und dem Dritten ein Rechtsverhältnis besteht, aus dem sich das Recht ableiten läßt, das Interesse des Dritten als eigenes zu liquidieren, auch wenn der Gläubiger für dieses Interesse nicht aufzukommen hat. Wann dem Fremdinteresse ein rechtlicher Schutz zusteht, wird unten noch eingehend zu untersuchen sein. Hier mag die Erkenntnis genügen, daß der Satz, man könne mit Wirkung für den Vertragsgegner das fremde Interesse zum eigenen machen, zu weit geht. Zum andern ist der Satz weiter gehend, als er sich nicht auf das Kommissionsverhältnis beschränkt, sondern alle Fälle mittelbarer Stellvertretung miteinbegreift. Windscheids Formulierung mag für das gemeine Recht Bedeutung gehabt haben; die Anwendung aber für das heutige Recht begegnet den bei Zimmermann erwähnten Bedenken [64]). Davon abgesehen, macht v. Tuhr [65]) Windscheid den Vorwurf, die Grenzen der Schadensbegründung aus fremden Interesse durch die genannte Formulierung zu eng gezogen zu haben. Es könne bei der Kontrahierung des Gläubigers mit dem Schuldner durch die Nichterfüllung des Vertrages sehr wohl ein Schaden bei einem Dritten entstehen, an den der Gläubiger gar nicht gedacht hat. Als Beispiel führt er den Fall an, daß G gutgläubiger Besitzer einer Sache des D ist. D deponiert (oder vermietet, leiht usw.) die Sache bei S. Die Sache ist durch einen von S vertretenen Umstand untergegangen. Kann G Schadensersatz verlangen? Ein eigenes Interesse hat er nicht, da die Sache nicht seinem Vermögen angehörte und er in keiner Weise dem Eigentümer gegenüber haftbar ist. Der Schaden, den die Vernichtung der Sache angerichtet hat, trifft direkt und ausschließlich den Dritten [66]).

Da nun der Gläubiger kein Interesse und der interessierte Dritte keinen Anspruch aus dem Verwahrungsvertrag (Miete, Leihe) hat, kommt v. Tuhr hier zu dem Schluß, der Verwahrer könne sich seinen Verpflichtungen aus dem Verwahrungsvertrag einfach dadurch entziehen, daß er die Sache vernichte. Einen Schadensersatzanspruch setze er sich ja aus obigen Gründen nicht aus. Aus diesem Grunde sei es gerechtfertigt, diesen Fall in unser Problem einzubeziehen.

Dem ist jedoch nicht zu folgen. Denn wenn der Schuldner die Sache zerstört, so hat doch der Dritte die Möglichkeit, einen Schadensersatzanspruch aus unerlaubter Handlung nach § 823 I BGB gegen ihn geltend zu machen, denn er ist ja Eigentümer der Sache, der Gläubiger war nur gut-

---

[62]) So auch Josef, Arch. ziv. Prax. 113, 120; Regelsberger, Jhering 41, 272; Hellwig S. 87/88; Kluckhohn, Arch. ziv. Pr. 111, 415; Krückmann, Jher. 56, 263.

[63]) Rehbein, S. 55/56.

[64]) Gegen Windscheid: Burkhardt S. 37.

[65]) v. Tuhr in Grünhut 25, 554.

[66]) Der gleiche Fall bei Krückmann, Jhr. 56, 270.

gläubiger Besitzer [67]). Solange aber der Dritte selbst einen Schadensersatzanspruch gegen den Schuldner hat, besteht kein Anlaß, auch dem Gläubiger einen Schadensersatzanspruch im Interesse des Dritten zu gewähren. v. Tuhr überschätzt daher die grundsätzliche Bedeutung der von ihm genannten Beispiele.

Es wird nur einen Fall geben, der aber so ziemlich eine Ausnahme bilden wird, wo neben dem Anspruch des Dritten aus § 823 I BGB gegen den Schuldner auch dem Gläubiger ein Schadensersatzanspruch im Interesse des Dritten gegen den Schuldner zusteht. Es kann vorkommen, daß der Schadensersatzanspruch des Dritten aus § 823 I BGB nicht ausreicht, um den Verwahrer haftbar zu machen, wo er aus Vertrag haftbar wäre. Z. B. sein Verschulden besteht in einem Verstoß gegen bestimmte gegenüber dem Gläubiger vertraglich übernommenen Verpflichtungen, ohne eine deliktische Schuld zu sein [68]).

Hier entsteht dann wieder die schwierige Frage: Kann der Deponent das Interesse des Dritten geltend machen? Wenn v. Tuhr aber grundsätzlich für alle oben genannten Fälle das Problem der Geltendmachung fremden Schadens für relevant erachtet, so übersieht er, daß das BGB den Dritten durch einen eigenen direkten Anspruch (§ 823 I BGB) selbst schützt.

Der Windscheidschen Formulierung läßt sich aber, da sie einerseits nur für das gemeine Recht gelten soll, andererseits ihrer inhaltlichen Bedeutung nach zu weit und zu eng gefaßt ist, zur Lösung der Frage der Geltendmachung fremden Schadens nichts entnehmen. Letzten Endes gibt diese Formel noch insofern zu Bedenken Anlaß, als eine grundsätzliche umfassende Regelung für die Geltendmachung fremden Schadens durch sie nicht getroffen wird, da sie eine Lösung nur für Verträge zu bringen sucht. Darüber hinaus gewinnt jedoch das Problem auch für die Fälle gesetzlicher oder deliktischer Beziehung zwischen Gläubiger und Schuldner seine Bedeutung [69]).

Die Darlegungen Zimmermanns und Windscheids haben auf die Rechtsprechung einen entscheidenden Einfluß ausgeübt. Unter Berufung auf diese haben die Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts [70]) wie des Reichsgerichts [71]) mehrfach den Satz ausgesprochen, „daß der Beauftragte, der für fremde Rechnung, aber im eigenen Namen abschließt, beim Bruch des Vertrages durch den Mitkontrahenten von diesem Ersatz des Schadens verlangen könne, nicht nur, wie er ihm persönlich, sondern auch, wie er seinem Auftraggeber erwachsen ist" [72]) [73]). Die Begründung dieser Ansicht des Reichs-

---

[67]) Für Deliktsanspruch auch: Oertmann S. 46; Hellwig S. 87; Kluckhohn, Arch. ziv. Pr. 111, 413/14.

[68]) v. Tuhr, Grünhut 25, 555.

[69]) Insofern nimmt auch Fischer S. 90 an der Formel Windscheids Anstoß, obwohl er sich sonst zu Windscheid bekennt.

[70]) 11, 259; 14, 400; 17, 78.

[71]) 12, 112; 27, 126; 40, 172, 187; 58, 43; 62, 334; 87, 150; 89, 432; 90, 246; 96, 337; 97, 88; 107, 135; 109, 21, 292; 113, 254; 115, 425.
in Seuff. Arch.: 11 Nr. 36; 32 Nr. 132; 33 Nr. 19; 46 Nr. 10; 65 Nr. 64; „Recht" 09 Nr. 12; 21 Nr. 829; 22 S. 4; 24 Nr. 846; JW 06, 191 Nr. 7; 10, 1000; 12, 937 Nr. 10; 16, 259; 27, 1144.
LZ 1922, 525.

[72]) Allerdings später mit der Einschränkung, daß die Schadensersatzleistung nicht zu einer Bereicherung des klagenden Kommissionärs führen, sondern dem Kommittenten zufließen soll. RG 58, 42; JW 10, 1000.

[73]) Solmitz, Hans. G. Z. 1899 S. 294 schließt für die Fälle des Kom-

gerichts, insbesondere im Bd. 27 S. 126, ist von einer seltsamen Unklarheit: „Weil in letzter Reihe die Vorteile und die Nachteile aus dem vom Kommissionär abgeschlossenen Geschäft den Kommittenten treffen, kann derselbe als der materiell Interessierte bezeichnet werden. Für die rechtliche Stellung der drei Beteiligten hat dieser Umstand keinerlei Bedeutung. Der Kommittent kann dieses sein materielles Interesse gegen den Kontrahenten des Kommissionärs nicht (direkt) geltend machen und kann von diesem nicht angegriffen werden. Aber auch das Interesse, auf welches der Kommissionär den Anspruch gegen seinen Kontrahenten stützt, ist in der Tat sein eigenes Interesse und bleibt es eben darum, weil es durch die schließlich materielle Gestaltung des Verhältnisses nicht berührt wird".

Es läßt sich nicht verhehlen, daß die Rechtsprechung sicher eine den praktischen Bedürfnissen des Lebens entsprechende Lösung des Problems gegeben hat. Einer wissenschaftlichen Grundlage entbehren aber diese Ausführungen, und darum vermögen wir der Rechtsprechung hierin nicht zu folgen.

Kluckhohn [74]) versucht auf eigentümliche Weise, ein Haftungsinteresse zu begründen. Schließt jemand im eigenen Namen für fremdes Interesse einen Vertrag ab, so hat den Leistungsanspruch der Gläubiger, einen Schadensersatzanspruch hat er nicht, da er nicht der materiell Beteiligte ist. Kluckhohn will nun den Vertrag so abgeschlossen wissen, daß der Dritte einen unmittelbaren Anspruch auf Schadensersatz gegen den Schuldner erhält. Und zwar soll es zu der vollen Leistungspflicht des Gläubigers gehören, den Vertragschluß mit dem Schuldner so vorzunehmen, daß ein etwaiger Anspruch auf Schadensersatz gegen den Schuldner wegen schuldhafter Verletzung seiner Vertragspflichten unmittelbar dem Dritten zustehen soll. Eine direkte gesetzliche Vorschrift, die einen in dieser Art gestalteten Vertrag vorschreibt, gibt es zwar nicht, aber diese Verpflichtung folgt für den Gläubiger aus dem alle Schuldverhältnisse beherrschenden Prinzip von Treu und Glauben, da sonst der Gläubiger im Interesse des Dritten keinen Schadensersatzanspruch erlange und auch der Dritte keinen unmittelbaren Anspruch habe. Unterläßt es der Gläubiger, den Vertrag mit dem genannten Inhalt abzuschließen, so macht er sich dem Dritten für den dadurch entgangenen Schadensersatzanspruch schadensersatzpflichtig. Auf diese Weise erleidet der Gläubiger selbst einen Schaden, den er dann gegen den Schuldner einklagen kann.

Man kann der von Kluckhohn vorgeschlagenen Lösung den Vorwurf nicht ersparen, daß sie der im Leben geübten Praxis nicht im mindesten entspricht, vor allem aber daß sie allein durch den Hinweis auf den Grundsatz von Treu und Glauben nicht ihre Begründung und Stütze finden kann. Gerade bei den Fällen mittelbarer Stellvertretung ist dem Dritten manchmal ungeheuer viel daran gelegen, daß seine Person und sein Interesse an dem zwischen Gläubiger und Schuldner abgeschlossenen Vertrag nicht zutage tritt. Die Konstruktion Kluckhohns würde dieser eigenartigen Rechtsgestaltung und Interessenverknüpfung nicht im mindesten gerecht werden. Mit Recht weist Reuß [75]) darauf hin, daß Kluckhohn dem Gläubiger hier Pflichten auflegt, die er oft gar nicht erfüllen kann. Würde sich z. B. die Eisenbahn gegenüber dem Verkäufer, der die Ware nach § 447 BGB an

missionsverhältnisses auf ein Gewohnheitsrecht. Doch mehrfache Anwendung (Gerichtsgebrauch) schafft noch kein Gewohnheitsrecht.

[74]) Kluckhohn in Arch. ziv. Pr. 111, 433 ff.

[75]) Reuß S. 38. Ablehnend ebenfalls Rust S. 37; Josef, Arch. ziv. Pr. 113, 117.

den Käufer versendet, zu einer Vereinbarung bereitfinden, durch die sie dem Käufer einen unmittelbaren Schadensersatzanspruch zusichert? Kluckhohns Lösung scheitert allein schon an ihrer praktischen Undurchführbarkeit.

Ein Haftungsinteresse begründen Planck wie Burkhardt [76]) damit, daß der Gläubiger trotz der Befreiung von seiner Schuld sein Rechtsverhältnis zum Dritten nicht als erledigt zu betrachten braucht und dann ein eigenes Interesse hat, diesen zu entschädigen. Soweit es sich jedoch um Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen handelt, genügt ein Affektionsinteresse nicht, um solche zu begründen; daher ist diese Ansicht unzutreffend.

c). Die zweite große Gruppe versucht, aus gesetzlichen Vorschriften ein Recht zur Geltendmachung fremden Schadens abzuleiten.

In erster Linie wird hier insbesondere von Oertmann, Fischer, Enneccerus-Lehmann [77]) § 281 BGB zur Lösung herangezogen. Ihr liegt grundsätzlich folgender Gedankengang zugrunde: Wird dem zur Herausgabe einer Sache verpflichteten Gläubiger die dem Dritten gegenüber obliegende Leistung infolge Verschuldens seines Schuldners unmöglich, so wird er nach § 275 I BGB dem Dritten gegenüber frei. Nach § 281 BGB muß er aber dem Dritten den erlangten Ersatz herausgeben oder den Ersatzanspruch abtreten. § 281 geht also davon aus, daß der Ersatzgläubiger trotz seiner Befreiung noch einen Ersatzanspruch hat, den er dem Dritten abtreten kann. Fischer [78]) argumentiert weiter: Vielfach sei das eigene Interesse des nach § 275 BGB freigewordenen Schuldners schwerlich liquidierbar oder gleich Null. Und so würde, trotzdem die Fassung des Gesetzes zwischen vertretbarer und nicht vertretbarer Unmöglichkeit nicht unterscheidet, das praktische Ergebnis häufig sein, daß die Abtretungspflicht nur im Falle des § 280 BGB, nicht des § 275 BGB Platz greift, da anderenfalls eine actio inanis zu zedieren wäre. Das kann nicht der Wille des Gesetzgebers sein.

Unter ähnlichen Begründungen suchen Titze, Burkhardt, v. Tuhr [79]) die Zulässigkeit der Liquidation des Drittinteresses durch § 281 BGB mittelbar zu beweisen.

Die Beweisführung durch § 281 BGB ist jedoch unzutreffend, da sie von falschen Voraussetzungen ausgeht. Es ist nicht richtig, die Fälle vertretbarer und nicht vertretbarer Unmöglichkeit in § 281 einander gleichzustellen. Der nicht geschädigte Gläubiger, der die Unmöglichkeit der Leistung nicht zu vertreten hat und somit nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 275 I von seiner Leistungspflicht frei wird, kann an den Dritten einen Schadensersatzanspruch gar nicht abtreten, eben, weil er einen solchen wegen mangelnder Schädigung gar nicht erhält. Es ist völlig verfehlt, § 281 für die Lösung der Frage heranzuziehen, w a n n man den Schaden eines Dritten liquidieren kann. Das Problem der Schadensbegründung aus fremdem Interesse und das Problem der Herausgabepflicht laufen in dieser Hinsicht parallel. Wie es bei der Schadensbegründung aus fremdem Interesse fraglich erscheint, w a n n man fremden Schaden liquidieren kann, so ist es bei § 281 ebenso fraglich, w a n n eine Herausgabepflicht besteht. § 281 besagt lediglich, daß der Gläubiger einen etwaig erlangten Ersatzanspruch abzutreten hat. Aus der Tatsache aber, d a ß das Gesetz die Abtretung eines

---

[76]) Planck § 249, 6 b β; Burkhardt S. 42.

[77]) Oertmann, Vorb. § 249 3 b α; Fischer S. 106/07; Enneccerus-Lehmann § 13 I b.

[78]) Fischer S. 106/07.

[79]) Titze, „Unmöglichkeit" S. 124—126; Burkhardt S. 46 ff.; v. Tuhr, Kr. V. S. 47, 92, 93.

Anspruchs vorschreibt, kann man aber doch nicht schließen, wann dem Gläubiger eine solche Pflicht obliegt. Diese Frage steht doch gerade zur Erörterung; man setzt ja sonst voraus, was erst bewiesen werden soll. Ob dem Gläubiger Ersatzansprüche zustehen, läßt sich aus § 281 nicht entnehmen. Diese Frage ist vielmehr aus anderen Bestimmungen zu beantworten. Mit Recht hat man es daher mehrfach [80]) abgelehnt, aus § 281 eine Lösung für die Geltendmachung fremden Schadens abzuleiten.

Im Zusammenhang mit § 281 hat man auch den § 255 BGB herangezogen [81]). Es sei hier anzunehmen, daß nach § 255 nicht nur Ansprüche abzutreten sind, „die dem Gläubiger auf Grund des Eigentums an der Sache zustehen", sondern auch Schadensersatzansprüche des Eigentümers, insbesondere aus Delikten dritter Personen. Wenn S dem D eine Sache stiehlt, für die G eine Verwahrungspflicht übernommen hat, durch nachlässige Ausführung der Bewahrung aber den Diebstahl ermöglicht, so sind beide dem Eigentümer für den Verlust der Sache haftbar, der eine aus Kontrakt, der andere aus Delikt. Delikt- und Vertragsschuldner stehen im Verhältnis unechter Solidarität. Durch die Leistung des Vertragsschuldners als des einen Gesamtschuldners müßte auch der andere Gesamtschuldner befreit werden. Dann könne aber G sich den Anspruch des D gegen S nicht mehr abtreten lassen, da er gar nicht mehr bestehe, sondern untergegangen sei [82]). Die herrschende Lehre entscheidet sich aber trotzdem für eine Abtretung; es besteht hier also ein Fall, wo der Gläubiger einen inhaltlosen Anspruch abtreten kann.

Diesen Ausführen ist folgendes zu entgegnen: Einmal ist unserem heutigen Recht eine Abtretung inhaltloser Ansprüche völlig unbekannt; wir haben keine actio mehr, sondern statt ihrer nur einen Anspruch (§ 194 BGB) [83]). Da der Anspruch des D gegen S untergegangen ist, kann von einer Abtretung an G nicht mehr die Rede sein. Zum andern ist darauf hinzuweisen [84]), daß § 255 BGB auf unseren Tatbestand keine Anwendung findet, sondern daß hier das Verhältnis der drei Personen zueinander lediglich nach den Regeln der unechten Gesamtschuld zu behandeln sei. Dem ist zuzustimmen; unrichtig ist es jedoch, daß v. Tuhr die Forderung auf G nach § 426 BGB übergehen läßt und danach eine Ausgleichung des Schadensersatzes verwirklicht. Denn die Regeln, welche für die echten Gesamtgläubiger- und Gesamtschuldnerverhältnisse gelten, finden für das unechte Gesamtschuldverhältnis nur insoweit entsprechende Anwendung, als nicht der Umstand entgegensteht, daß hier eine Zweckgemeinschaft nicht vorliegt [85]), und die besteht in unserem Falle gerade nicht. Es finden also keinesfalls die Vorschriften über die gegenseitige Ausgleichungspflicht Anwendung.

Es ist keineswegs zu verkennen, daß hier eine Ausgleichung des Schadensersatzes zwischen Vertrags- und Deliktsschuldner erfolgen muß. Auf welche Weise man dieser Forderung gerecht wird, ist zweifelhaft; vielleicht läßt sich eine Ausgleichung nach Analogie von §§ 840 II, III, 1833 II und

---

[80]) Staudinger, Vorb. § 249 III 2 c; Kluckhohn S. 428; Kunze S. 29; Nebelsieck S. 23; Plickert S. 32.

[81]) Fischer S. 108.

[82]) Anders jedoch bei Leistung des Schadensersatzes gegen Abtretung der Ansprüche gegen den Deliktsschuldner Zug um Zug. Hier wird ein voller Anspruch abgetreten; dagegen bestehen keine Zweifel.

[83]) v. Tuhr, Kr. V. S. 47, 89.

[84]) v. Tuhr, Kr. V. S. 47, 84.

[85]) Vgl. Enneccerus-Lehmann Bd. II § 90 II 3.

254 I BGB erreichen[86]), vielleicht läßt sich diese Möglichkeit allein auf Billigkeit stützen. Auf jeden Fall entfällt die Anwendung von § 255 BGB auf unser Problem[87]).

Nach einer Ansicht besteht der methodische Fehler der meisten Lösungsversuche darin, daß sie einseitig das Verhältnis des Gläubigers zum Dritten zum Ausgangspunkt nehmen und das Verhältnis des Gläubigers zum Schuldner nur gelegentlich der Abgrenzung des Umfangs des seinem Grunde nach bereits als berechtigt anerkannten Ersatzanspruchs aus fremdem Interesse berücksichtigen. Maßgebend dafür, ob ein Ersatzanspruch des Gläubigers aus fremdem Interesse seinem Grunde nach gerechtfertigt ist, kann aber nur das Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner sein. Bei Zugrundelegung eines vertraglichen Verhältnisses zwischen Gläubiger und Schuldner kann sich die Frage der Haftung für den Schaden eines Dritten nur als eine Frage der Vertragsauslegung darstellen; § 157 BGB ist hier zur Entscheidung heranzuziehen. Darauf hat zuerst Hellwig[88]) hingewiesen; er erklärt die Haftung des Schuldners für das Drittinteresse für berechtigt, wenn die Haftung entweder ausdrücklich ausgemacht oder sich nach den konkreten Umständen gemäß der Verkehrssitte von selbst versteht. In dieser Hinsicht kommt die durch die feststehende Rechtsprechung des Reichsgerichts gefestigte Auffassung der Handelskreise in Betracht, wonach derjenige, der mit einem Kommissionär oder Spediteur kontrahiert, sich sagen muß, daß der andere Teil mit Rücksicht auf das fremde Interesse kontrahiert und dieses ev. den Gegenstand seiner Forderung bilden soll. Wem unter derartigen Umständen der Abschluß angeboten wird, der mag sich besinnen, ob er das Risiko übernehmen will, welches er mit Rücksicht auf den Umstand läuft, daß die ihm unbekannten Verhältnisse des ihm vielleicht gar nicht genannten Dritten bei einer Schadensberechnung in Betracht komme — läßt er sich aber auf das Geschäft ein, so wird es Treu und Glauben widersprechen (§ 157, § 242 BGB), wenn er sich auf den Umstand, daß sein Kontrahent nicht der Interessent und der Interessent nicht der Kontrahent sei, berufen würde, oder in der gewöhnlichen Formulierung ausgedrückt die Haftung in dem bezeichneten Umfang gilt als stillschweigend vereinbart[89]).

Von vornherein sei gleich festgestellt, daß die Heranziehung des § 242 BGB zur Lösung bedenklich ist. Durch § 242 wird lediglich festgestellt, wie sich der Umfang einer schon bestehenden Leistungspflicht gestaltet. Treten nach Abschluß des Vertrages oder bei Streitigkeiten Zweifel auf, wie die Leistung bewirkt werden sollte, so verweist § 242 BGB auf die Verkehrssitte. Voraussetzung für die Anwendung des § 242 ist also, daß schon eine Leistungspflicht besteht, die noch näher modifiziert werden soll. Aus dieser Bestimmung läßt sich jedoch keine neue Verpflichtung, hier Haftung für das Drittinteresse, begründen. Ferner ist die Anwendung von § 242 auf eine Schadensersatzleistung schon deshalb unmöglich, weil es sich bei der Leistungsbestimmung im § 242 um die Bestimmung der Erfüllungsleistung und nicht der Schadensersatzleistung handelt. Das geht sowohl aus dem Sinn wie aus der systematischen Stellung des § 242 BGB hervor[90]).

Die Hellwigsche Ansicht, durch Vertragsauslegung (§ 157 BGB) zu einer Lösung zu gelangen, ist ebenfalls Grundlage für die Ausführungen

---

[86]) Rust S. 17.
[87]) Ablehnend ebenso Plickert S. 32; Rust S. 17.
[88]) Hellwig S. 89.
[89]) Hellwig S. 89.
[90]) Gegen § 242: Kunze S. 24.

Nebelsiecks[91]) und Plickerts[92]) geworden. § 157 gibt die Möglichkeit, bewußt über den erklärten Parteiwillen hinauszugehen. Darin besteht gerade sein praktischer Wert. Beim Abschluß des Vertrages denken die Parteien regelmäßig nur an die festzustellende Leistung und Gegenleistung. Die Verwicklungen, die sich aus Vertragsbruch des einen oder anderen Teils ergeben können, bleiben außerhalb ihrer Vereinbarungen. Tritt nun ein Tatbestand ein, an dessen Regelung die Parteien nicht gedacht haben, so muß, da Einzelvorschriften des Gesetzes keine Lösung bieten, nach § 157 eine Ergänzung des fehlenden Parteiwillens stattfinden.

Eine Haftung des Schuldners für den Schaden des Dritten kann danach nur angenommen werden, wenn sie sich aus dem zwischen ihm und dem Gläubiger geschlossenen Vertrag ergibt, Inhalt dieses Vertrags geworden ist. Dies soll der Fall sein, wenn der Schuldner wußte, daß der Gläubiger in Rechtsbeziehungen zu einem Dritten stand, auf Grund deren ein etwa zur Entstehung kommender Schaden das Vermögen des Dritten betraf. Schloß er mit dieser Kenntnis einen Vertrag ab, so erklärt er sich damit einverstanden, daß ihm als möglicher Schaden das Interesse des Dritten in Rechnung gestellt wird. Dadurch ist die Haftung für das Drittinteresse zum Vertragsinhalt geworden.

Der Mangel dieser Ansicht besteht einmal darin, daß eine Haftung für den Schaden des Dritten nur dann eintritt, wenn dem Schuldner die Beteiligung bekannt war oder den Umständen nach erkennbar war. Darüber hinaus bleiben aber alle die Fälle, wo die Erkennbarkeit des Dritten nicht besteht — und die Zahl dieser Fälle ist nicht gering, da der Dritte seine Beteiligung oft verheimlichen will — ungelöst, d. h. der Schuldner haftet hier nicht; das ist aber eine nicht zu verkennende Unbilligkeit. Nebelsieck[93]) sucht dieser Unbilligkeit dadurch abzuhelfen, daß er den Schuldner so weit haften läßt, als sich das Interesse des Dritten mit dem erkennbaren gemeinen Werte der zu liefernden Sache oder der Sache, auf die sich die vereinbarte Leistung bezieht, deckt. Das soll ebenfalls aus § 157 BGB folgen. Der Sachwert verhält sich indifferent gegenüber allen beteiligten Einflüssen. Er kann festgestellt werden, ohne daß die Sache in Beziehung gesetzt wird zu einem bestimmten Vermögen[94]), er ist also dem Schuldner grundsätzlich ohne weiteres erkennbar. Der Schuldner muß ferner in jedem Fall damit rechnen, daß in Höhe des gemeinen Werts irgendein Vermögen, sei es das seines Gläubigers, sei es das eines Dritten, an dem Geschäft beteiligt ist.

Die Haftung auf den gemeinen Wert steht aber im scharfen Gegensatz zu dem Begriff des Schadens. Voraussetzung für die Entstehung eines Schadens ist stets die Beziehung des Gegenstands der Leistung zu einer bestimmten Person; nur die subjektiven Verhältnisse der durch die Pflichtverletzung betroffenen Person bilden erst den Zustand eines Schadens. Ohne Beziehung des Gegenstandes zu einer Person kann man einen Schaden nicht konstruieren. „Wird eine Sache zerstört oder beschädigt, so liegt ohne ein interessiertes Subjekt ein Schaden nicht vor“[95]). Insofern geht schon der Versuch Nebelsiecks fehl, bei Nichterkennbarkeit der Drittbeteiligung eine Haftung zu begründen. Zum andern läßt sich aus § 157 eine Schadensersatzpflicht tatsächlich gar nicht begründen. Plickert[96]) erkennt auch selbst, daß

[91]) Nebelsieck S. 32 ff.
[92]) Plickert S. 35 ff.
[93]) Nebelsieck S. 34.
[94]) v. Tuhr, Grünhut 25, 545/46.
[95]) Fischer S. 14.
[96]) Plickert S. 36.

die Heranziehung von § 157 zur Bezeichnung des Problems einen gewissen Widerspruch offenbart. Die Bezeichnung „Schadensbegründung aus fremdem Interesse" oder „Schadensbegründung aus dem Recht eines Dritten" sei irreführend. Es kommt nicht darauf an, daß in der Person eines Menschen, der zum Schuldner in keinen Beziehungen steht, ein Schaden entstanden ist, den es unter allen Umständen zu liquidieren gilt, sondern die Frage ist ausschlaggebend, wie weit die vom Schuldner übernommene Haftung reicht.

Der Sinn und der Inhalt der im § 157 BGB enthaltenen Vorschrift ist aber ein ganz anderer, als Nebelsieck und Plickert ihn darstellen. Treten über den Vertragsinhalt bei den Parteien Meinungsverschiedenheiten auf, so ist der Vertrag so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Das bedeutet, daß neben einer Auslegung des im Vertrage enthaltenen Wortlauts eine ergänzende Auslegung nach den allgemeinen Umständen, nach Zweck, Verkehrssitte, Abreden erfolgen soll. Der Vertrag enthält grundsätzlich aber nur Vereinbarungen, die sich auf die Leistung, Erfüllung der beschlossenen Verpflichtungen beziehen; nur die Art dieser Verpflichtungen kann eine Auslegung nach den oben genannten Merkmalen erfahren. Eine Erweiterung des Vertragsgegenstandes kann dadurch nicht herbeigeführt werden; die Auslegung kann und darf nicht dazu führen, einen ganz neuen Gedankeninhalt aufzubauen, an den die Parteien nicht im entferntesten gedacht haben. Die Auslegung muß sich vielmehr im Rahmen der im Vertrag festgesetzten Normen halten. Und da kann es sich nur um Auslegung der Erfüllungsleistung handeln, über Schadensersatz und Haftung werden die Parteien in den seltensten Fällen eine Vereinbarung treffen; gewöhnlich denken sie gar nicht an die Möglichkeit eines Schadensersatzes. Das würde grundsätzlich auch den Vorschriften des BGB widerlaufen; das BGB hat gerade die Bestimmungen über Schadensersatz, Art und Umfang eingehend normiert; eben, weil eine Parteivereinbarung nicht besteht, muß das Gesetz die notwendigen Folgen einer Rechtsverletzung festsetzen. Darum ist es verfehlt, § 157 heranzuziehen, um eine Schadensersatzpflicht zu konstruieren, die durch den Vertrag gar nicht berührt wird, da in diesem Punkt nicht die geringste Unklarheit besteht. Aus dem zwischen Schuldner und Gläubiger geschlossenen Vertrag läßt sich durch Auslegung (§ 157 BGB) eine Haftung für das Drittinteresse daher nicht herleiten.

Ein Teil der Problemfälle soll nach den Regeln über die Geschäftsführung ohne Auftrag entschieden werden können[97]). Zwischen Schuldner und Drittem soll das Verhältnis einer Geschäftsführung ohne Auftrag bestehen. Nach herrschender Ansicht kann neben einem vorliegenden Auftrag des Gläubigers gleichzeitig eine Geschäftsführung ohne Auftrag für den Dritten vorliegen. Dazu ist erforderlich, daß der Schuldner im Interesse des Dritten handelt; dieser Wille wird meistens vorliegen, wenn der Schuldner von der Beteiligung des Dritten am Geschäft weiß. Besteht aber schon ein Auftrag des Gläubigers, so ist zur Begründung einer Geschäftsführung ohne Auftrag zu fordern, daß der Schuldner den besonderen Willen hat und zu erkennen gibt. In den wenigen Fällen, in denen die besondere Absicht, für den Dritten ein Geschäft zu führen, zum Ausdruck kommt, soll sich unser Problem mit den Vorschriften über Geschäftsführung ohne Auftrag lösen lassen.

Wie sich diese Lösung im einzelnen gestalten soll, ist jedoch unverständlich. Denn sobald es sich um die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruches handelt, versagt die dargelegte Konstruktion; die Besorgung eines fremden Geschäfts besagt, daß ich irgendeine Angelegenheit für einen ande-

[97]) Fischer, ZHR 66, 429; Rust S. 20; Kunze S. 119.

ren besorge, d. h. um der Zwecke und Interessen eines anderen willen, sodaß das Endergebnis diesen treffen oder ihm irgendwie zugute kommen soll. Wenn der Schuldner aber seine Leistung dem Gläubiger gegenüber schuldhafterweise unmöglich macht oder den Auftrag oder Vertrag verletzt, eine unerlaubte Handlung oder eine sonst schadenstiftende Handlung begeht, so läßt sich dieses Verhalten doch unmöglich als eine Geschäftsbesorgung für den Dritten charakterisieren. Eine solche besteht doch höchstens dann, wenn es sich um die Betätigung einer Erfüllungsleistung oder um eine einfache Tathandlung handelt; auf ein schädigendes Verhalten ist der Begriff der Geschäftsführung ohne Auftrag unanwendbar.

Auch die Heranziehung von § 991 II BGB gestattet weiter keine Schlüsse. Es wird die Ansicht vertreten, daß hier zwei Ansprüche nebeneinander bestehen[98]); der Besitzer sei dem mittelbaren Besitzer (Deponenten) als auch dem Eigentümer verantwortlich. Der Hinterleger wird Zahlung vom Verwahrer erhalten, solange dieser ihn für den Eigentümer hält. Sobald er aber erfährt, daß ein Dritter Eigentümer ist und den Ersatzanspruch aus § 991 II BGB erheben will, wird er Zahlung an den Deponenten verweigern dürfen. Von diesem Augenblick an muß also der Anspruch des Deponenten untergehen, oder man muß anerkennen, daß dieser Anspruch von vornherein auf Ersatzleistung an den geschädigten Dritten geht.

§ 991 II erhält hier eine unzutreffende Auslegung. Es handelt sich in § 991 II gar nicht um die Schadensbegründung aus fremdem Interesse, sondern um die Begrenzung des Eigentumsanspruchs des Eigentümers. Der Sinn des § 991 II ist der, den unmittelbaren Besitzer zu einer Haftung gleichen Umfangs zu verpflichten, wie wenn der Eigentümer der mittelbare Besitzer wäre. Ob der unmittelbare Besitzer überhaupt ersatzpflichtig ist, ergibt sich nicht aus § 991 II, sondern aus anderen gesetzlichen Vorschriften[99]).

Krückmann[100]) versucht die Stellung des Kommissionärs analog der Stellung der Nachlaß- und Konkursverwalter oder des Testamentsvollstreckers zu behandeln. Die Sach- und Rechtslage bei den Schadensersatzansprüchen der drei Verwalter ist jedoch wesentlich anders als beim Kommissionär. Durch Rechtsgeschäfte der Verwalter wird unmittelbar der Gemeinschuldner bzw. der Erbe berechtigt und verpflichtet, mag man den Verwalter nun als Partei kraft Amtes oder als Vertreter ansehen. Wenn der Erbe bzw. Gemeinschuldner auch in seiner Verfügungsmacht beschränkt ist, so bleibt er doch Subjekt aller den Nachlaß bzw. die Masse bildenden Rechte und Pflichten. Der Vertrag des Kommissionärs dagegen betrifft rechtlich allein diesen, und nur das wirtschaftliche Ergebnis wird auf den Kommittenten übertragen.

Bei den Schadensersatzansprüchen bleibt die Rechtslage die gleiche; die Ansprüche aus Vertragsverletzung entstehen unmittelbar bei dem Träger der verwalteten Vermögensmassen, nur die Geltendmachung ist den Verwaltern überlassen. Anders beim Kommissionär; Ansprüche stehen nur ihm zu, ihm liegt also der Nachweis eines Schadens ob. Bezeichnet Krückmann die Schadensberechtigung aller dieser Treuhänder als nur formell und den Dritten als den eigentlichen Schadensberechtigten, so kann diese Konstruktion für die Stellung des Kommissionärs jedoch nicht zutreffen. Eine entsprechende Behandlung der Rechtslage des Kommissionärs mit der der Verwalter ist darum nicht möglich[101]).

[98]) v. Tuhr, Kr. V. S. 43, 542 ff.; 47, 63 ff.

[99]) Vgl. Kunze 28, 51; Plickert S. 28; Rust S. 19; Kluckhohn, Arch. ziv. Pr. 111, 415; Krückmann, Jher. 56, 297.

[100]) Krückmann, Jher. 56, 254. Vgl. Endemann S. 49.

[101]) Vgl. Rust S. 26.

Man hat auch aus der besonderen Gestaltung der Verträge zugunsten Dritter (§§ 328 ff. BGB) das Recht zur Geltendmachung fremden Schadens herleiten wollen[102]). Könne ein Vertrag zugunsten eines Dritten geschlossen werden, dann sei es auch möglich, Leistung an sich ohne eigenes Interesse zu fordern. Darin liegt aber keine Schwierigkeit; soweit es sich um Erfüllung des Vertrages handelt, ist dies immer möglich; die Schwierigkeit beginnt erst bei der Geltendmachung des dem Dritten erwachsenen Schadens. Und hier findet unser Problem keine Lösung, sondern gewinnt gerade seine Bedeutung.

Selbst prozeßrechtliche Vorschriften sind zur Lösung herangezogen worden; die Entscheidung darüber, ob dem Gläubiger ein Anspruch auf Ersatz fremden Schadens zusteht, sei auf Grund von § 287 ZPO dem billigen Ermessen des Richters zu überlassen[103]). „Wenn der Richter in strittigen Fällen darüber befinden soll, wie hoch sich ein zu ersetzendes Interesse belaufe, so müsse seiner freien Kognition auch die Frage unterstehen, aus wessen Person die Höhe des Interesses zu berechnen sei“[104]). Es wird hier jedoch verkannt, daß die Anwendung von § 287 ZPO den Bestand eines Schadensersatzanspruchs voraussetzt. Mit dieser Vorschrift läßt sich daher nichts beweisen.

d). Die bisherigen Versuche gingen davon aus, eine grundsätzliche Lösung des Problems aus gesetzlichen Vorschriften zu gewinnen. Demgegenüber versucht eine große Reihe von Schriftstellern[105]), unter alleiniger Berufung auf Billigkeit, Gerechtigkeit und ein dringendes praktisches Bedürfnis dem mittelbaren Stellvertreter einen Anspruch zu gewähren, dem ein fremdes Interesse zugrunde liegt. Das Gemeinsame aller dieser Anschauungen ist, daß dort, wo zur Klärung einer Rechtsfrage die Rechtsnormen fehlen, die Billigkeit allein den Rückhalt einer Entscheidung bilden soll, die ein praktisches Bedürfnis erheischt.

v. Tuhr[106]) faßt seine Auffassung zusammen in dem Satz: „Wenn der Gläubiger zu einem Dritten in einem Rechtsverhältnis steht, vermöge dessen das Interesse an der Leistung des Schuldners statt beim Gläubiger bei diesem Dritten entstanden oder nachträglich auf den Dritten übergegangen ist, so kann der Gläubiger den Schuldner zur Entschädigung des Dritten anhalten“. Dieser Satz muß gelten, trotzdem er den Begriff der Interessehaftung widerstreitet, weil man seiner nicht entraten kann; das Festhalten an dem Satz, das Interesse bemesse sich nach dem Vermögensstande einer bestimmten Person, würde sonst in zahlreichen Fällen zu unerwünschten Folgen führen[107]).

Die Formel v. Tuhrs geht in einer Hinsicht zu weit, nämlich, daß sie auch die Fälle mitumfassen will, in denen das Interesse nicht sofort beim Dritten entstanden, sondern erst später auf ihn übergegangen ist[108]). Diese Fassung verstößt gegen die Grundsätze des Schadensersatzrechts und würde

---

[102]) Josef, Arch. ziv. Pr. 113, 120.

[103]) Titze, Unmöglichkeit S. 139/40.

[104]) Ebda. S. 126 Anm. 49.

[105]) Leonhard, Schuldrecht §§ 90 ff.; Crome S. 305; Schloßmann II, S. 364 ff.; Krückmann Jher. 56, 245 ff.; Lehmann, Handelsrecht, S. 819; Goldmann, Gruchot 54, 67; Staub § 383 Anm. 20 a, § 407 Anm. 15.

[106]) v. Tuhr in Grünhut 25, 567.

[107]) Ebda. S. 549.

[108]) Dagegen: Kluckhohn, Arch. ziv. Pr. 111, 411; Burkhardt S. 44; Krückmann, Jher. 56, 274; Rehbein S. 55/56; Plickert S. 37. Widerspruchsvoll: Enneccerus-Lehmann Bd. II § 13, anders Anm. 2.

zu einer Revolutionierung des ganzen Schadensersatzrechts führen. Krückmann [109]) betont sehr richtig, daß nur das berechtigte Interesse des Dritten liquidiert werden kann. Berechtigt ist aber, wenn durch die schadenstiftende Handlung ein Interesse verletzt wird, das seinen rechtlichen Schutz schon vor der Verletzung erhalten hatte. Denn haftbar machen kann nur eine Verletzung, die das zu verletzende Recht schon vorfindet. Dies ist unverbrüchlicher Grundsatz für jede Schadenshaftung zwischen zwei Parteien, wenn der Geschädigte zugleich der Gläubiger ist, und dieser Grundsatz muß auch bei der Schadensbegründung aus fremdem Interesse gelten. Habe ich einen Kaufvertrag über einen bestimmten Gegenstand abgeschlossen und nach Abschluß an einen Dritten weiter verkauft, so kann ich aus einer Vertragsverletzung des Schuldners nicht den Schaden geltend machen, den der Dritte jetzt durch Ausbleiben der Leistung erleidet. Die rechtlichen Beziehungen zwischen Schuldner und Gläubiger gehen nicht über ihre Personen hinaus, da das zu verletzende Recht beim Vertragsschluß nur beim Gläubiger einen Schutz hatte; die rechtliche Verbindung des Gläubigers zum Dritten ist für den Schuldner ohne jede Bedeutung. Man stelle sich vor, wohin die Haftung des Schuldners sonst führen würde, wenn nicht nur drei Personen nacheinander in Rechtsbeziehungen getreten sind, sondern, wenn eine Kette von beliebig vermehrbaren 5, 10, 20, 50, 100 Gläubigern in Bezug auf denselben Gegenstand besteht. Die Haftung würde ja ins Unermeßliche und Uferlose laufen; und letzten Endes wären die subjektiven Verhältnisse des allerletzten Gläubigers bestimmend für die Höhe der Schadenshaftung. Eine Handlung kann nur rechtswidrig sein, wenn sie schon rechtswidrig ist zur Zeit ihrer Begehung. Der Dritte muß, wenn er Vertragspartei im Verhältnis zum Liquidanten ist, dieses schon gewesen sein, als die schädigende Handlung vorgenommen wurde. Anderenfalls würden wir die Schadensbegründung aus fremdem Interesse in weiterem Umfang zulassen als die Schadensbegründung durch den Beschädigten zugunsten seiner selbst. Will man die Formel v. Tuhrs gelten lassen, so muß man von ihrer Erweiterung auf die Fälle nachträglichen Überganges des Interesses auf den Dritten absehen. Das Drittinteresse kann einen Schutz nur dann erhalten, wenn durch ein Rechtsverhältnis zwischen Gläubiger und Drittem das Interesse schon von vornherein bei dem Dritten poniert wurde.

In gleicher Weise weisen Krückmann, Crome und Schloßmann [110]) auf die Unmöglichkeit hin, durch positiv gesetzliche Regelung das Problem der Geltendmachung fremden Schadens zu entwirren und erteilen dem Gläubiger aus Billigkeitserwägungen das Recht, den Schaden des Dritten gegen den Schuldner einzuklagen; denn das Recht, das den praktischen Bedürfnissen des Lebens zu dienen bestimmt ist, darf in den konstruktiven Bedenken und logischen Konsequenzen kein Hindernis sehen, wenn die Gerechtigkeit ein billiges Ergebnis erfordert. In neuerer Zeit wird dies Ergebnis insbesondere von Leonhard [111]) vertreten; anderenfalls würde der Schuldner überhaupt nicht auf Schadensersatz haften, dem Gläubiger nicht, weil er kein Interesse hat, dem Dritten nicht, weil dieser nicht Vertragspartner ist [112]).

---

[109]) Krückmann, Jher. 56, 252.

[110]) Schloßmann S. 304 ff.; Crome S. 305; Krückmann, Jher. 56, 245.

[111]) Leonhard, Schuldr. § 90.

[112]) Die von Leonhard aus den §§ 430 HGB, 281 BGB gezogenen Folgerungen sind nicht anzuerkennen; vgl. oben S. 10, 17.

§ 5.

Aufzustellende Grundsätze; insbesondere Voraussetzungen der Haftung bei vertraglicher Beziehung zwischen Gläubiger und Schuldner.

Wir haben im Vorhergehenden die Ausführungen dargelegt, die dem Problem der Schadensbegründung aus fremdem Interesse gewidmet sind. Es ist keinem dieser Versuche gelungen, aus den Gesetzesvorschriften eine Lösung zu geben. Sie mußten scheitern, weil sie alle dasselbe Ziel verfolgt hatten, nämlich mit mehr oder minder großer Anwendung von Gewalt unter dem Gesichtspunkt irgendeines Gesetzes, das mit unserer Frage in unmittelbarer oder mittelbarer Beziehung stand, eine Lösung zu bringen. Der Gesetzgeber aber hat hier absichtlich eine Lücke im Gesetz gelassen; aus der Begründung der Ablehnung der zu unserem Problem gestellten Anträge geht jedoch hervor, daß damit in der Rechtspflege und Rechtsanwendung diese Frage nicht ungelöst bleiben soll, vielmehr zeigt die der Wissenschaft und Rechtsprechung zur Lösung überlassene Aufgabe, daß das Problem der Geltendmachung fremden Schadens unbedingt zu einer Entscheidung gebracht werden soll; nur der Weg, nur die Art und Weise der Haftung sollen einer wissenschaftlichen Untersuchung und Entwicklung vorbehalten sein.

Die Unbilligkeit der Rechtsbeziehungen liegt auf der Hand. Der Gläubiger erhält wegen mangelnden Schadens keinen Ersatzanspruch, dem Dritten bleibt ebenfalls ein Schadensersatzanspruch trotz seines Schadens wegen eines mangelnden Anspruchs versagt. Der Schuldner würde daher trotz der Verletzung seiner Vertragspflichten frei von jeder Haftung ausgehen, und er würde diese Haftungsfreiheit allein dem Zufall, daß der Gläubiger nicht der Geschädigte und der Geschädigte nicht der Gläubiger ist, verdanken; sein schuldhaftes Handeln würde geradezu noch eine Belohnung erhalten. Das kann nicht im Sinne einer fortschrittlichen Rechtsentwicklung und Rechtsanwendung sein. Das Recht muß sich dem Leben anpassen, um nicht dem Vorwurf einer Weltfremdheit anheimzufallen. Und bestehen keine vom Gesetz bestimmten Rechtssätze, die eine Rechtsfrage zu lösen vermögen, dann ist es Aufgabe des Richters, durch Rechtsfindung und Rechtsschöpfung Rechtssätze zu schaffen [113]), die dem Erfordernis einer gerechten und billigen Entscheidung genügen. Es geht nicht an, aus konstruktiven Bedenken heraus sich einer Rechtsfrage zu verschließen, die im Rechtsleben eine häufig wiederkehrende Entscheidung und von nicht geringer praktischer Bedeutung ist. Das würde Hohn und Spott auf den Kultur- und Zivilisationszustand unseres Staates sein. Und da das Recht im Grunde genommen nichts anderes ist als ein Spiegel unserer Kultur und Zivilisation, so würde es ein Rückschritt in der kulturellen Entwicklung bedeuten, wenn wir einen Rechtsfall des praktischen Lebens nicht so zur Entscheidung bringen würden, wie es das Leben vom Recht verlangt, umsomehr, als letzten Endes die Versuche aller derer, die in mehr oder minder gewaltsamer Art die Lösung aus dem Gesetz ableiten wollen, die Rechtfertigung ihrer Theorien ebenfalls auf die Billigkeit und Gerechtigkeit des Ergebnisses stützen [114]). Darum ist unter dem Gesichtspunkt wirtschaftlicher Zweckmäßigkeit, nach der Verkehrssitte, nach der Übereinstimmung mit unseren sittlichen Anschauungen der besonderen Natur des Rechtsverhältnisses gerecht zu wer-

---

[113]) Enneccerus I § 53 III.

[114]) Die Entscheidungen des RG beruhen ebenfalls sämtlich auf Billigkeit.

den. Nach der Regel, die wir als Gesetzgeber aufstellen würden, ist eine Entscheidung zu fällen[115]).

Aus dieser Erkenntnis heraus kann allein die Auffassung derjenigen Schriftsteller unsere Zustimmung erfahren, die dem Grundgedanken der Billigkeit und Gerechtigkeit folgend, dem Gläubiger einen Anspruch auf Geltendmachung fremden Schadens geben[116]).

Für die Geltendmachung des durch Vertragsbruch entstandenen fremden Schadens lassen sich nach den vorigen Ausführungen folgende Voraussetzungen aufstellen:

Einmal muß der Gläubiger im Interesse des Dritten mit dem Schuldner einen Vertrag geschlossen haben. Das allein genügt aber nicht, um den Anspruch auf Geltendmachung des dem Dritten erwachsenen Schadens zu ermöglichen. Denn grundsätzlich bleiben die Beweggründe, die zum Abschluß von Rechtsverhältnissen geführt haben, für den Inhalt und die Gültigkeit der Rechtsverhältnisse ohne jegliche Bedeutung. Anfechtung oder Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte lassen sich nicht aus den Motiven des Handelns herleiten; ebensowenig läßt sich daher ein Schadensersatzanspruch darauf gründen, daß das Interesse an der Leistung letzthin den Dritten trifft. Vielmehr ist unbedingt erforderlich, daß das Interesse des Dritten schon zur Zeit des Vertragsschlusses des Gläubigers mit dem Schuldner rechtlich näher begründet ist durch ein Rechtsverhältnis zwischen Gläubiger und Drittem. Das fremde Interesse muß seinen rechtlichen Schutz zur Zeit des Vertragsschlusses mit dem Schuldner erhalten haben. Anderenfalls würde, wie oben schon dargelegt, die Schadensersatzberechtigung aus fremdem Interesse ins Unendliche und Uferlose verlaufen. Damit ist schon gesagt, daß grundsätzlich die Schadensbegründung aus fremdem Interesse nicht über drei Personen hinausgeht. Verlangt der Gläubiger vom Schuldner Ersatz eines noch weiter zurückgehenden Interesses, dann muß auch dies entferntere Interesse durch eine Kette von Rechtsbeziehungen geschützt sein. Beauftragt z. B. A den B mit dem Einkauf einer Sache, und B beauftragt seinerseits den C, C den D, D den E, E den F, F den G und G schließt endlich im eigenen Namen mit S einen Vertrag, so entsteht durch Vertragsbruch ein Schaden allein dem A. In diesem Fall ist aber G zur Geltendmachung des dem A entstandenen Schadens berechtigt, da durch die Kette der Rechtsbeziehungen von A bis S das Interesse des A seinen rechtlichen Schutz empfangen hatte. Ganz anders geartet liegt aber der Fall, wo S mit G z. B. einen Kaufvertrag über einen Gegenstand abschließt, G nun, ehe er überhaupt den Gegenstand erhalten hat, seinerseits darüber einen Vertrag mit A abschließt, A wiederum mit B, B mit C und C mit D. Hier ist G nicht zur Geltendmachung des dem A oder auch des dem D erwachsenen Schadens berechtigt, denn das rechtliche Interesse, das A, B, C, D an der Leistung hatten, ist erst nach Vertragsschluß des G mit S entstanden. Man muß hier den Ersatzanspruch aus fremdem Interesse ablehnen, weil man die Kette der nachfolgenden Gläubiger sonst ins Grenzenlose steigern könnte, und der Schuldner zuletzt für die subjektiven Verhältnisse des allerletzten Gläubigers aufzukommen hätte[117]).

Zwar wird ein Rechtsverhältnis zwischen Gläubiger und Drittem nicht immer bestehen, z. B. dann nicht, wenn der Gläubiger als gutgläubiger Besitzer eine dem Dritten gehörige Sache an S vermietet (leiht, hinterlegt

[115]) Enneccerus I § 53 III.

[116]) Dagegen Kunze S. 24.

[117]) Auch das RG ist nicht über die Fälle hinausgegangen, wo zwischen Gläubiger und Drittem ein Rechtsverhältnis bestand.

usw.), für die S infolge bestimmter vertraglich übernommener Verpflichtungen nur dem Gläubiger haftet. Hier besteht kein Rechtsverhältnis, das den Schutz des Dritten als berechtigt erscheinen läßt. Es wird aber genügen, daß aus einem anderen rechtlichen Grunde, nämlich Eigentum an der beschädigten Sache, das Drittinteresse zu einem berechtigten wird [118]).

§ 6.

Die Haftung bei einem Schuldverhältnis ex lege zwischen Gläubiger und Schuldner.

Wie schon in der Einleitung erwähnt, braucht das Schuldverhältnis zwischen Schuldner und Gläubiger nicht unbedingt auf Vertrag zu beruhen, sondern es ist sehr gut denkbar, daß vom Gesetz selbst eine rechtliche Bindung ausgesprochen ist. Als einziger Anwendungsfall dieser Schuldverhältnisse ex lege ist mir allerdings nur der Tatbestand des § 701 BGB bekannt. Die Haftung, der hier der Gastwirt für die bei ihm eingebrachten Sachen ausgesetzt ist, gründet sich nicht etwa auf einen zwischen Gast und Gastwirt abgeschlossenen Vertrag, sondern lediglich die Tatsache der Einbringung der Sachen genügt zur Haftbarkeit. Das zeigt sich insbesondere auch aus dem § 701 II BGB, wonach die Haftung schon eintritt bei Übergabe der Sachen an Leute des Gastwirts, die den Umständen nach zur Entgegennahme der Sachen als bestellt anzusehen waren.

Nach dem Wortlaut des § 701 haftet der Gastwirt dem Gast für den Verlust oder die Beschädigung eingebrachter Sachen. Soweit der Gast hier einen eigenen Schaden gegen den Gastwirt geltend macht, bestehen dagegen keine Bedenken; der eigene Schaden kann darin bestehen, daß dem Gast selbst gehörige Sachen verloren gegangen oder beschädigt worden sind. Aber auch wenn die Sachen nicht Eigentum des Gastes sind, erleidet er einen Schaden, wenn er dem Eigentümer für Verlust oder Beschädigung der Sachen bis zum Zufall haftet. Hier klagt er sein Haftungsinteresse gegen den Gastwirt ein. Unser Problem taucht erst in den Fällen auf, für die er in keiner Weise haftet. Bei Verlust oder Beschädigung dieser Sachen ist dem Gast ein Schadensersatzanspruch verwehrt, da er selbst keinen Schaden erlitten, dieser vielmehr ausschließlich den Eigentümer getroffen hat. Der Eigentümer kann jedoch seinen Schaden gegen den Gastwirt nicht geltend machen, da er in keiner rechtlichen Beziehung zu ihm steht. Die Haftung des Gastwirts hier auszuschließen, weil der Gast nicht Eigentümer und der Eigentümer nicht Einbringer der Sachen ist, würde nur allzusehr dem Sinn einer zu verwerfenden Begriffsjurisprudenz entsprechen. Die Lösung muß sich vielmehr im Rahmen der vom Bedürfnis des Verkehrs gezogenen Grenzen halten, ist es doch gewöhnlich die Regel, daß der Gast als Reisender nicht nur eigene, sondern auch fremde Sachen übergibt. Da das Gesetz der eigentümlichen Lagerung der Rechtsbeziehungen nicht gerecht wird, ist auch hier die Lösung nur nach Billigkeitsrücksichten zu gestalten. Grundsätzlich erkennen wir damit an, daß der Gastwirt auch dann den durch Verlust oder Beschädigung der Sachen entstandenen Schaden zu ersetzen hat, wenn er nicht selbst den Gast, sondern den Eigentümer betroffen hat. Wir befinden uns hier in Übereinstimmung mit den von der Rechtsprechung [119]) gegebenen Entscheidungen.

---

[118]) Vgl. Krückmann, Jher. 56, 270.

[119]) Seuffert 61 Nr. 174, 312; Hans. G. Z. 07 Nr. 75.

§ 7.

Die Haftung bei deliktischer Beziehung zwischen Gläubiger und Schuldner.

Für die Fälle deliktischer Beziehung zwischen Schuldner und Gläubiger hat unser Problem kaum eine Untersuchung erfahren; auch die Rechtsprechung hatte noch keine Gelegenheit, eine Entscheidung in dieser Hinsicht zu fällen. Zweifellos gewinnt unsere Frage auch hier Bedeutung; umstritten ist jedoch, ob das Problem der Schadensbegründung aus fremdem Interesse bei einem deliktischen Verhältnis zu einer gleichen Entscheidung geführt werden kann wie bei vertraglicher Beziehung[120]). Zu bedenken ist jedoch, daß das Problem der Geltendmachung fremden Schadens für das Gebiet der unerlaubten Handlungen deshalb auf gewisse Schwierigkeiten stößt, weil grundsätzlich nur derjenige Schaden zu ersetzen ist, der unmittelbar durch die illoyale Handlung entstanden ist. Aus der besonderen Hervorhebung der §§ 844, 845 BGB ergibt sich, daß für eine mittelbare Beschädigung der Schuldner nur in den angegebenen Fällen in Anspruch genommen werden soll. Diese gesetzliche Regelung gebietet daher keine Abweichung. Es ist darum auch leicht einzusehen, daß das Problem über eine gewisse Kasuistik nicht hinausgeht, wie man überhaupt davor warnen muß, die Bedeutung des Problems im allgemeinen zu überschätzen. Zur genauen Begrenzung des Problems für das Gebiet der unerlaubten Handlungen ist es notwendig, daß wir uns noch einmal die Rechtslage der Beteiligten bei vertraglicher Beziehung zwischen Schuldner und Gläubiger vergegenwärtigen. Der Anspruch auf Ersatz fremden Schadens stand dem Gläubiger nur dann zu, wenn von der Schädigung materiell ausschließlich der Dritte betroffen wurde; der Gläubiger selbst durfte keinen Schaden erleiden. Genau so verhielt es sich bei dem Tatbestand des § 701 BGB; geschädigt war hier allein der Eigentümer und nicht der Gast. Das RG[121]) hat auch ausdrücklich noch einmal betont, daß das Problem nur dann zutrifft, wenn der formell berechtigte Gläubiger von der schädigenden Handlung nicht berührt wurde. Entsprechend dieser Rechtslage läßt sich für die Fälle unerlaubter Handlung das Erfordernis aufstellen, daß der materiell Geschädigte nicht derjenige sein darf, gegen den sich die unerlaubte Handlung unmittelbar gerichtet hat, sondern allein der Dritte. Für den Gläubiger selbst muß die schadenstiftende Handlung ohne Belang und Interesse sein. Die Fälle der mittelbaren Beschädigung lassen sich also trennen in zwei Gruppen: bei der einen erleidet der Gläubiger, gegen den sich die Handlung unmittelbar gerichtet hat, selbst einen Schaden, durch ein weiter hinzukommendes Ereignis wird aber auch ein Rechtsgut des Dritten (also mittelbar) verletzt. Hier ist es ausgeschlossen, daß der Gläubiger außer seinem eigenen Schaden noch den des Dritten gegen den Schuldner geltend machen kann; das gründet sich auf die §§ 844, 845 BGB (argumentum e contrario). Bei der zweiten Gruppe liegt die wirtschaftliche Lage so, daß dem Gläubiger überhaupt nicht, sondern nur dem Dritten ein Schaden zugefügt wurde. Hier erst trifft unser Problem zu; hier entsteht die Frage, ob der Gläubiger den Schaden des Dritten gegen den

---

[120]) Das wird vielfach ohne nähere Begründung bejaht von: H. A. Fischer S. 81, 90; Otto Chr. Fischer S. 145; Burkhardt S. 52; Oertmann Vorb. § 249 3 b δ; v. Tuhr, Grünhut 25, 535 Anm. 21; Staub § 383 Anm. 20 d; Krückmann, Jher. 56, 270; Rümelin, Arch. ziv. Pr. 90, 336 Note 210; JW 1927, 1144; dagegen Kluckhohn, Arch. ziv. Pr. 111, 419.

[121]) 97, 88. RGR. Komm. § 249, 3.

Schuldner einklagen kann. Es liegt klar auf der Hand, daß sich die letzte Art mittelbarer Schadenszufügung weit entfernt von der erstgenannten Gruppe. Der Schuldner haftet hier auf jeden Fall, wenn auch nur für den unmittelbar Geschädigten. Bei der anderen Gruppe würde der Schuldner jedoch haftfrei ausgehen, dem Gläubiger haftet er nicht, da er keinen Schaden hat, und dem Dritten haftet er nicht, da er gegen ihn die unerlaubte Handlung nicht begangen hat. Das wäre ein allzu unbilliges Ergebnis und eine allzugroße Belohnung für das vielleicht sogar strafbare Verhalten des Schuldners.

Für die Fälle deliktischer Beziehung zwischen Schuldner und Gläubiger lassen sich wenige Beispiele finden. Denkbar ist jedoch folgender Tatbestand: Die Firma D beauftragt ihren Vertreter G, bei der Bank S über die Zahlungsfähigkeit eines ihrer Kunden K Erkundigungen einzuholen. Die Bank S erteilt dem G, der im eigenen Namen handelt, wissentlich eine falsche Auskunft, die dieser an die Firma D weitergibt. Auf Grund der günstig lautenden Auskunft schließt die Firma D mit K Geschäfte ab, die ihr infolge der Zahlungsunfähigkeit des K Schaden bringen. Für eine Auskunft wird nach § 676 BGB nur gehaftet, wenn sich die Verantwortlichkeit aus Vertrag oder unerlaubter Handlung ergibt. Unterstellen wir, daß ein Vertrag zwischen G und der Bank S nicht zustande kam, so stellt sich die falsche Auskunftserteilung als eine unerlaubte Handlung (§ 826 BGB) dar. Gerichtet war die unerlaubte Handlung gegen G; er hat jedoch keinen Schadensersatzanspruch, da er durch sie nicht geschädigt wurde. Die durch die Auskunft allein benachteiligte Firma D hat aber ebenfalls keinen Ersatzanspruch, da zwischen ihr und S keine rechtliche Beziehung besteht. Sollen beide keinen Anspruch haben und soll der Deliktsschuldner frei ausgehen?

Hierher gehört auch das Beispiel des § 447 BGB. Der Verkäufer hat die dem Käufer verkaufte Sache der Bahn zur Übersendung übergeben. Durch eine außerhalb der Beteiligten stehende Person wird die Sache zerstört. Der Käufer selbst hat keinen Anspruch, da das Eigentum an der Sache ihm noch nicht übergeben ist. Der Verkäufer selbst erleidet keinen Schaden, da er infolge Gefahrübergangs den Kaufpreis vom Käufer erhält. Kann jetzt aber der Verkäufer den Schaden des Käufers gegen den Schädiger geltend machen?[122])

Für eine konstruktive Lösung bleibt auch hier kein Raum. Es ist jedoch ohne Zweifel, daß der Geschädigte auch hier nicht schutzlos ausgehen kann[123]). Die Fälle der Geltendmachung fremden Schadens sind in dieser Hinsicht alle gleichartig, mag der Haftungsgrund auf Vertragsverletzung, Gesetz oder unerlaubter Handlung sich stützen, das Verkehrsbedürfnis verlangt eine vernunftgemäße Lösung dieses gordischen Knotens. Und diese ist auch hier nur wieder möglich durch die Berufung auf die Billigkeit und Gerechtigkeit des Ergebnisses.

§ 8.

Die Höhe des Schadensersatzanspruchs. Erkennbarkeit und Nichterkennbarkeit der Drittbeteiligung.

Wir haben also grundsätzlich anerkannt, daß der Gläubiger den Schaden des Dritten gegen den Schuldner unter den entwickelten Voraussetzun-

[122]) Vgl. Beispiel oben 7, 8.
[123]) Dagegen aber Nebelsieck S. 77.

gen geltend machen kann. Unerörtert ist aber bisher die Frage geblieben, in welcher Höhe dem Gläubiger dieser Schadensersatzanspruch zusteht. Im allgemeinen bemißt sich die Höhe des Schadens nach der Person des Gläubigers. Seine subjektiven Verhältnisse sind bestimmend. In den Fällen aber, in denen unser Problem auftaucht, fallen die Person des Gläubigers und die Person des Geschädigten auseinander. Wonach soll sich jetzt hier der Schadensersatzanspruch bestimmen? Die subjektiven Verhältnisse des Gläubigers können nicht maßgebend sein, da er gar keine materielle Einbuße erlitten hat. Soll sich nun die Höhe des Schadens nach den subjektiven Verhältnissen des materiell Drittgeschädigten bemessen, der etwa infolge besonders gestalteter Umstände von sehr beträchtlichem Umfang sein kann? Wie etwa, wenn dem Schuldner gar nicht bekannt war, daß an dem mit dem Gläubiger geschlossenen Vertrag noch ein Dritter interessiert, ja materiell überhaupt allein interessiert ist? Es ist offensichtlich, daß sich die Frage nach der Höhe und dem Umfang des geltend zu machenden Schadens inhaltlich gleichbedeutend ist mit der Frage der Erkennbarkeit und Nichterkennbarkeit der Drittbeteiligung. Wie bemißt sich die Höhe des Schadens, wenn dem Schuldner bekannt oder erkennbar war, daß an dem Vertrag mit dem Gläubiger ein Dritter interessiert war? Und wie groß ist der Umfang der Haftung, wenn dem Schuldner nicht bekannt und auch nicht erkennbar war, daß ein Dritter am Vertrag beteiligt ist?

In der Literatur und Rechtsprechung hat diese Frage verschiedene Beantwortung erhalten. Von einer Seite [124]) wird geltend gemacht, daß dem Schuldner, wenn er den fremden Schaden ersetzen soll, auch bekannt oder wenigstens erkennbar sein mußte, daß an der Erfüllung des Vertrages nicht der Gläubiger, sondern der Dritte ein Interesse hatte. Das sei nicht mehr wie recht und billig. Hat der Schuldner keine Kenntnis von der Drittbeteiligung und ist auch die Erkennbarkeit für ihn ausgeschlossen, dann widerstrebe es Treu und Glauben, ihm den Schaden einer Person aufzuhalsen, der er sich gar nicht hat verpflichten wollen und deren Verknüpfung mit dem Vertrag des Gläubigers ihm völlig gleichgültig ist. Wenn der Schuldner sich nicht zum Vorteil auf die Rechtsbeziehung des Gläubigers zum Dritten berufen kann, so soll sie ihm auch keine Nachteile bringen.

Die Vertreter dieser Ansicht gehören zumeist der Gruppe der Schriftsteller an, die die Geltendmachung fremden Schadens aus dem Vertrag zwischen Schuldner und Gläubiger durch Vertragsauslegung (§ 157 BGB) herleiten. Wir haben schon oben nachgewiesen, daß die Heranziehung von § 157 zur Lösung des Problems nicht möglich ist, da für ihn ganz andere Voraussetzungen zutreffen. Zum andern kann man dieser Theorie den Vorwurf einer zu engen Lösung nicht ersparen; das Verkehrsbedürfnis erheischt eine weitere Ausdehnung; auch die Fälle, in denen dem Schuldner die Beteiligung des Dritten nicht bekannt und erkennbar ist, erfordern ein Ergebnis, das der besonderen materiellen Gestaltung der Rechtsbeziehungen gerecht wird. Kauft z. B. G im Auftrage des D, aber im eigenen Namen bei S eine Sache und macht dieser mutwillig die Leistung an G unmöglich, so muß er auch den dem D daraus entstehenden Schaden ersetzen, ohne daß er weiß oder erkennen kann, daß D an der Leistung der materiell allein Interessierte ist. Wenn Plickert [125]) dem entgegnet, eine Haftung bei Nichterkennbarkeit sei ausgeschlossen, da der Interessebegriff des Schadensersatzrechts des Bürgerlichen Gesetzbuch dem notwendigen Schutz des Dritten

[124]) Leonhard, Schuldrecht § 91; Crome S. 301, 308; Nebelsieck S. 33; Plickert S. 46; Hellwig S. 91.

[125]) Plickert S. 46.

widerstrebe und daß über diese Tatsache eben nicht hinwegzukommen sei, so kann man der Auffassung Plickerts u. a., daß nur bei Erkennbarkeit der Drittbeteiligung gehaftet wird, nur den Vorhalt machen, daß sich auch diese Schadensersatzberechtigung nicht mit den positiven Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs vereinbaren läßt. Aus § 157 BGB läßt sich eine rechtliche Konstruktion eben nicht rechtfertigen.

Daß die genannte Konstruktion den Bedürfnissen des Verkehrs zu wenig entgegenkommt, erkennt Nebelsieck[126]) durch eine besondere Art der Haftung bei Nichterkennbarkeit des Drittinteresses an. Der Schuldner soll immer auf den erkennbaren gemeinen Wert der zu liefernden Sache haften; der Sachwert verhält sich gegenüber allen persönlichen Einflüssen indifferent, vor allem muß der Schuldner stets damit rechnen, daß in Höhe des gemeinen Werts irgendein Vermögen an dem Geschäft beteiligt ist. Daraus begründet sich seine Haftbarkeit. Diese Ansicht ist unzutreffend, da sie sich allzu sehr von dem dem Schadensersatzrecht eigenen Erfordernis entfernt, daß sich der Umfang des Schadens nur nach den subjektiven Verhältnissen einer Person richtet; die Sache muß gerade in Beziehung gesetzt werden zu einem bestimmten Vermögen; daraus begründet sich erst ein Schaden. Einen objektiven Schaden, wie ihn Nebelsieck darstellt, ist unserem Schadensersatzrecht unbekannt.

Nach Crome[127]) soll bei Nichterkennbarkeit der Drittbeteiligung nur derjenige Schaden in Betracht kommen, welcher nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge aus der Pflichtverletzung erwartet werden konnte. Die Haftung des Schuldners ist in den Grenzen zu halten, die der Schaden gemeiniglich — d. h. bei jedermann — nicht übersteigen wird. Diese Auffassung Cromes gleicht sehr der Ansicht vom objektiven Schaden; theoretisch läßt sie sich sehr leicht begründen; ihr praktischer Wert ist gänzlich ohne Bedeutung. Wie soll man z. B die objektive Schadenshöhe berechnen, wenn der Frachtführer mit der Ausführung des Transports in Verzug kommt?[128]) Wie hoch ist hier der Schaden, der nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge erwartet werden konnte? Man sieht, daß sich die Objektivierung eines Schadens in allen Fällen gar nicht durchführen läßt. Nur aus den persönlichen wirtschaftlichen Verhältnissen der Beteiligten gestaltet sich erst der Begriff und der Umfang des Schadens; ohne Rücksicht auf diese subjektiven Momente läßt sich daher die Höhe des Schadens nach anderen Gesichtspunkten gar nicht bemessen.

Da sich die Höhe des Schadensersatzanspruchs aus gesetzlichen Vorschriften nicht ableiten läßt, andererseits ein nicht zu leugnendes Bedürfnis dafür besteht, daß auch bei Nichterkennbarkeit des Drittinteresses die Haftung des Schuldners irgendwie in Anspruch genommen wird, ist von einer großen Reihe von Schriftstellern[129]) die Auffassung vertreten, daß es auf die Erkennbarkeit der Drittbeteiligung gar nicht ankomme, auch wenn der Schuldner nicht weiß, daß der Kontrahent nicht der Interessierte und der Interessierte nicht der Kontrahent ist, haftet der Schuldner für den Schaden des Dritten. In der Rechtsprechung[130]) ist ebenfalls mehrfach die

---

[126]) Nebelsieck S. 34.

[127]) Crome S. 308/09; ebenso Regelsberger, Jher. 41, 275.

[128]) Beispiel von Kunze S. 11.

[129]) Oertmann S. 46; Josef Arch. ziv. Pr. 113, 121; Enneccerus-Lehmann Bd. II § 13 c; Rümelin, Arch. ziv. Prax. 93, 211; Rehbein S. 55/56; Burkhardt S. 42; Rust S. 33.

[130]) Vergl. RG 40, 187.

Ansicht laut geworden, daß es für die Inanspruchnahme des Schuldners nicht erforderlich sei, daß der Schuldner von der Beteiligung des Dritten am Vertrage Kenntnis hat.

Wie es unmöglich war, in den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs die grundsätzliche Anerkennung der Geltendmachung fremden Schadens zu finden, so ist es auch hier entsprechend nicht möglich, die Höhe des Schadensersatzanspruchs aus dem Gesetz zu begründen. Wir müssen daher, um der eigenartigen Interessenverknüpfung unserer Problemfälle gerecht zu werden, die Entscheidung nach dem Umfang des Schadensersatzanspruchs so gestalten, wie es Billigkeit und Gerechtigkeit erheischen. Ohne Bedenken wird man den Schuldner für den vollen Schaden des Dritten verantwortlich machen, wenn ihm durch Mitteilung des Gläubigers oder sonst bekannt war, daß der eigentlich Interessierte der Dritte sei. Aber auch ohne ausdrücklichen Hinweis tritt die Haftung für das volle Interesse ein, wenn die Beteiligung aus den besonderen Umständen dem Schuldner erkennbar war oder sein müßte. Das tritt insbesondere für die Fälle der Speditionsverhältnisse zu; hier weiß der Schuldner ohne weiteres, daß der Spediteur die Versendung des Gutes zumeist nicht im eigenen Interesse vornimmt, sondern daß der Absender des Guts ein hinter dem Spediteur stehender Dritter ist. Es ist nicht mehr als recht, daß der Schuldner die diesem zugefügten Nachteile ausgleicht.

Die eigentlichen Schwierigkeiten beginnen erst bei Nichterkennbarkeit der Drittbeteiligung für den Schuldner. Einerseits soll der Schuldner aus der besonderen Gestaltung der Rechtsbeziehungen keine Vorteile ziehen — darum ist es unrichtig, bei Nichterkennbarkeit ihn haftfrei ausgehen zu lassen —, andererseits soll er auch keine Nachteile erleiden. Leonhard[131]) erwähnt den Fall, daß ein Händler, der für eine Großbank Möbel einkauft, nicht den ganzen ungeheuern Schaden einfordern kann, der dieser durch verspätete Eröffnung des Betriebes erwächst. Es ist nicht zu verkennen, daß in ähnlich gelagerten Fällen, um ein Übermaß der Haftung zu vermeiden, die Höhe des Schadensersatzanspruchs irgendwie zu beschränken ist. Das gelingt aber ohne jede künstliche Konstruktion durch die positiven Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs[132]). § 254 II BGB bestimmt, daß bei ungewöhnlich hohem Schaden die Haftung und der Umfang der Haftung sich mildert, wenn der Gläubiger es schuldhaft unterlassen hat, den Schuldner auf die Gefahr dieses ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen. Diese Vorschrift macht es überflüssig, zwischen Erkennbarkeit und Nichterkennbarkeit des Drittinteresses zu trennen. Der Schuldner haftet grundsätzlich für den vollen Schaden des Dritten, bei ungewöhnlich hohem Schaden kann er sich jedoch auf § 254 II BGB berufen und eine Herabsetzung der Haftung verlangen. Letzten Endes bleibt es dem Richter überlassen, von dem ihm durch § 287 ZPO verliehenen Recht Gebrauch zu machen und die Höhe des zu ersetzenden Interesses „unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung zu bestimmen".

Gegen die Anwendung von § 254 II BGB äußert allein H. A. Fischer[133]) Bedenken. Es treffe schwerlich zu, mit § 254 II allen Schwierigkeiten zu begegnen; denn zunächst bleibe eben die Schwierigkeit, nach welchem Maßstab man das Vorhandensein eines „ungewöhnlich hohen Scha-

[131]) Leonhard, Schuldr. § 91.

[132]) Planck § 249, 6 b α; Oertmann S. 46; Rehbein S. 55/56; Josef, Arch. ziv. Pr. 113, 121; widerspruchsvoll: H. A. Fischer, Schaden, S. 90 und in ZHR 66, 424; Enneccerus-Lehmann Bd. II § 13 b e.

[133]) H. A. Fischer in ZHR 66, 425.

dens" feststellen solle: „Sollen wir als Vergleichsposten den wirklich eingetretenen Drittschaden und denjenigen irrealen Schaden einstellen, der eingetreten wäre, wenn der Formalgläubiger selbst den Verlust erlitten hätte, so leuchtet ohne näheres Eingehen auf Einzelfälle ein, daß der letztere fiktive Posten an zu großer Unbestimmtheit leidet". M. E. hat dieser Vorwurf Fischers gegen die Anwendbarkeit von § 254 II weniger große Bedeutung. Selbstverständlich kann hier von einem Vergleich des Schadens in der dargelegten Art nicht die Rede sein, sondern maßgebend kann hier, wie bei jedem anderen Fall, auch nur die wirtschaftliche Lage des Geschädigten (des Dritten) sein. Hier ist festzustellen, wie weit durch die besonders gearteten persönlichen Verhältnisse des Geschädigten der Schaden über das normale Maß hinausgeht und im Verhältnis des Unterschieds dieser beiden Posten kann sich die Haftung des Schuldners mindern, wenn die Voraussetzungen von § 254 II vorliegen. Grundsätzlich ist aber an dem Satz festzuhalten, daß der Schuldner den vollen Schaden des Dritten ersetzen muß; dem schuldhaften Handeln des Schuldners entspricht es wirklich nicht, infolge kleinlicher Erwägungen die Haftung noch zu seinen Gunsten zu beschränken. Stehen jedoch sein Handeln und der Schaden des Dritten in äußerst starkem Mißverhältnis, so erscheint die Berufung auf § 254 II nicht mehr als berechtigt. In dem oben genannten Beispiele mit der Großbank ist es ohne weiteres dann der Fall, wenn dem Schuldner verschwiegen ist, daß die Eröffnung des Bankbetriebes an einem ganz bestimmten Tage stattfinden sollte. Der Schuldner konnte niemals damit rechnen, daß sein Handeln einen so großen Schaden verursachen würde. Selbst wenn die Großbank ihre Möbel selbst eingekauft hätte, würde der Schuldner nicht für den vollen Schaden haften, wenn die Bank ihm nicht die bevorstehende Eröffnung ihres Betriebes mitgeteilt hätte.

Für das Gebiet der unerlaubten Handlungen wiederholt sich eine dem § 254 II entsprechende Vorschrift zwar nicht, aber das Hineinspielen einer dritten Person in die Rechtsbeziehungen zwischen Schuldner und Gläubiger macht es erforderlich, bei Nichterkennbarkeit dieser Drittbeteiligung eine Regelung zu finden, die diesem Umstand gerecht wird und die Haftung des Schuldners mildern hilft. Dies Ergebnis läßt sich am zweckmäßigsten durch analoge oder auch direkte Anwendung des § 254 II auf unerlaubte Handlungen erreichen [134]).

Unsere Untersuchung hat also das Ergebnis gezeigt: Grundsätzlich haftet der Schuldner für den vollen Schaden des Dritten, nur bei ungewöhnlich hohem Schaden tritt eine Haftungsminderung ein nach den aus § 254 II BGB folgenden Bestimmungen. Für die Höhe des Schadensersatzanspruchs ist die Erkennbarkeit und Nichterkennbarkeit des Drittinteresses ohne Bedeutung.

§ 9.

Die Gestaltung des Schadensersatzanspruchs.

a). Grund und Umfang der Haftung des Schuldner sind dargelegt. Schwierigkeiten enthält aber die Frage, wie der Inhalt der Schadensersatzleistung zu gestalten ist. Kann der Gläubiger Leistung an sich verlangen? Kann der Gläubiger Leistung an den Dritten verlangen? Oder kann er wahlweise Leistung an sich oder den Dritten fordern? Oder besteht für den Dritten eine selbständige Ersatzberechtigung?

---

[134]) Vgl. H. A. Fischer, Schaden, S. 90.

Grundsätzlich wird daran festzuhalten sein, daß nur der Gläubiger und nicht der Dritte Ansprüche gegen den Schuldner verwirklichen kann. Denn in Rechtsbeziehung mit dem Schuldner ist allein der Gläubiger getreten, mögen diese Rechtsbeziehungen nun auf Vertrag, Gesetz oder unerlaubter Handlung beruhen; für eine direkte selbständige Ersatzberechtigung des Dritten bleibt regelmäßig kein Raum, wir würden uns sonst allzu sehr von den Regeln des Schuldrechts entfernen. Der Dritte kann erst nach Abtretung der dem Gläubiger gegen den Schuldner zustehenden Rechte gegen diesen vorgehen.

Verschiedene Beantwortung hat die Frage, an wen der Gläubiger die Schadensersatzleistung fordern kann, erfahren. Einmal wird der Standpunkt vertreten, daß der Gläubiger Leistung nur an sich verlangen könne[135]). Für diese Ansicht läßt sich folgender Grund anführen: Soweit es sich um Erfüllung des Vertrages handelt, kommt für den Schuldner nur die Person des Gläubigers in Betracht. Ihm gegenüber hat er sich verpflichtet, an ihn ist also auch die Erfüllungsleistung zu richten. Verwandelt sich nun die Erfüllungsleistung in eine Schadensersatzleistung, so ist sie in entsprechender Weise ebenfalls an den Gläubiger zu richten. Dagegen spricht jedoch einmal die Tatsache einer unnötigen Erschwerung des Schadensausgleichs, denn hier werden zwei Leistungen notwendig, der Schuldner hat zunächst an den Gläubiger zu leisten, und der Gläubiger ist verpflichtet, die Leistung an den Dritten weiterzuleiten. Es bedeutet doch eine große Umständlichkeit, dem Gläubiger einen Ersatzanspruch zuzubilligen, um ihn dann doch zur Herausgabe des erhaltenen Ersatzes an den Dritten zu verpflichten. Zum andern hat der Schuldner auch das größte Interesse daran, daß der Schaden auch dort ersetzt wird, wo er entstanden ist, daß also die Schadensersatzleistung auch wirklich dem Dritten zugeführt wird und nicht zu einer Bereicherung des Gläubigers führt. Eine Bereicherung könnte auf die Weise möglich werden, daß der Gläubiger ohne Aufforderung und ohne Wissen des Dritten dessen Schaden, soweit er ihn übersehen kann, gegen den Schuldner geltend macht und die Leistung für sich behält, da der Dritte Ersatz gar nicht begehrt. Das sind auch die Bedenken, die das RG verschiedentlich veranlaßten, dem Gläubiger den Schadensersatzanspruch zu versagen[136]). Mit Recht kann der Schuldner die Leistung verweigern mit dem Einwand, daß seine Leistung nicht dazu da sei, dem Gläubiger Vorteile zu bringen, die er auch sonst nicht gehabt hätte[137]). Denn der wirtschaftliche Zweck der Schadensersatzleistung ist doch der, die Nachteile, die der Dritte durch die schädigende Handlung erlitten hat, wieder auszugleichen. Dieser Zweck ist aber nicht immer gewährleistet, wenn man dem Gläubiger einen Anspruch auf Leistung an sich selbst gibt. Abgesehen von einer eventuellen Bereicherung des Gläubigers erheben sich gleiche Bedenken für den Fall, daß der Gläubiger in Konkurs gerät. Hier würde der Schadensersatzanspruch oder die Schadensersatzleistung, soweit sie sich im Vermögen des Gläubigers befindet, in die Konkursmasse fallen; Vorteile würde allein der Konkursgläubiger daraus ziehen, die Wiedergutmachung des Schadens im Vermögen des Dritten wäre aber vereitelt, der Dritte hätte das Nachsehen. Dieser Fall hat allerdings weniger Bedeutung für die Kommissionsverhältnisse; denn im § 392 BGB ist die Bestimmung getroffen, daß Forderungen des Komittenten, auch wenn sie nicht abgetreten sind, im

[135]) Hellwig S. 91; Regelsberger in Jher. 41, 279/80; Nebelsieck S. 52.
[136]) RG 58, 43; 90, 246.
[137]) Anders, wenn der Dritte nachträglich auf die Leistung verzichtet; hier liegt Schenkung vor.

Verhältnis zwischen dem Kommittenten und dem Kommissionär oder dessen Gläubigern als Forderungen des Komittenten gelten. Zu diesen gehören auch Schadensersatzforderungen [138]). Nach § 43 KO kann sie der Dritte im Konkurse des Gläubigers aussondern. Eine entsprechende Anwendung des im § 392 II HGB enthaltenen Grundsatzes auf andere Fälle mittelbarer Stellvertretung läßt sich aber nicht durchführen, da, wie aus den Protokollen [139]) ersichtlich ist, in § 392 II HGB eine Ausnahmebestimmung getroffen werden sollte. In allen anderen Fällen stände der Dritte der Macht der Tatsachen gegenüber schutzlos da. Im Sinne einer zweckmäßigen Ausgestaltung des Schadensersatzanspruchs dürfte es daher wohl nicht liegen, wenn man dem Gläubiger den Schadensersatzanspruch auf Leistung an sich selbst zubilligen würde. Wie für das ganze Problem, so liegt auch in dieser speziellen Frage die Schwierigkeit in der Tatsache, daß die Person des Gläubigers und des Geschädigten miteinander nicht identisch ist. Es gilt daher, unter möglichster Innehaltung der gesetzlichen Vorschriften der teleologischen Ausgestaltung des Schadensersatzanspruchs gerecht zu werden; immer ist wieder darauf hinzuweisen, daß das Problem der Geltendmachung fremden Schadens in seiner ganzen Auswirkung nur im Wege der Rechtsfindung seine Lösung finden kann.

Am zweckmäßigsten erscheint es mir daher, dem Gläubiger einen Anspruch auf Leistung an den Dritten zu gewähren. v. Tuhr [140]) behauptet, der Anspruch auf Leistung an den Dritten ergebe sich aus § 249 BGB. Dem Grundsatz der Naturalrestitution entspreche es, den Schaden dort, d. h. in dem Vermögen zu ersetzen, wo er eingetreten ist, und nicht in einem anderen Vermögen. Das ist unrichtig; aus § 249 BGB geht nur der Umfang, die Art und Weise einer schon bestehenden Verpflichtung hervor, § 249 will aber nicht angeben, an wen Ersatz zu leisten ist [141]). Zwar hat die Praxis in keiner ihrer Entscheidungen ein solches Ergebnis oder irgendwelche Ausführungen in dieser Hinsicht gebracht. Aber es wird sich zeigen, daß gerade die oben erwähnten Schwierigkeiten völlig beseitigt werden. Einmal wird die unnötige Doppelleistung über den Gläubiger an den Dritten vermieden; die Schadensersatzleistung wird direkt dem Dritten zugeführt. Die dem Schuldner hierdurch etwa entstehenden Mehrkosten der Übermittelung der Schadensersatzleistung gegenüber der Erfüllungsleistung hat allerdings nach § 270 III BGB der Dritte zu tragen. Vor allem aber wird im Konkurs des Gläubigers dem Dritten kein Nachteil mehr entstehen können; formell ist zwar der Gemeinschuldner Gläubiger, aber wirtschaftlich betrachtet soll die Ersatzleistung sein Vermögen gar nicht berühren, sondern direkt dem Dritten zufließen. Es würde ja eine Änderung des Anspruchsinhalts bedeuten, wollte man die Schadensersatzleistung in das Vermögen des Gläubigers miteinbeziehen. Tatsächlich ist der Anspruch des Gläubigers unpfändbar, er kann nicht in die Konkursmasse fallen. Würde man dem Gläubiger den Schadensersatzanspruch auf Leistung an sich selbst zubilligen, so könnte man allerdings die Schwierigkeiten des Konkursfalles dadurch umgehen, daß man entsprechend der Inkassozession eine Aussonderung im Konkurs zugunsten des Dritten zuließe. Erfordert aber die eigenartige Interessenverknüpfung eine Lösung, die einem billigen und gerechten Ergebnis entspricht, dann erscheint es doch zweckentsprechender, eine Konstruktion zu finden, die unnötige Schwierigkeiten der Lösung vermeidet, als

[138]) Staub § 392 Anm. 4.
[139]) Prot. II S. 360—65.
[140]) v. Tuhr, Kr. V. S. 43, 586; 47, 93.
[141]) Dagegen auch Rust S. 19.

das Ergebnis durch umständliche Experimente zu erreichen, die das Konkursrecht in positiver Form gar nicht anerkennt und die darum als gewagt erscheinen. Der Anspruch auf Leistung an den Dritten aber wird allen Beteiligten gerecht. Auch die, insbesondere vom RG. erhobenen Bedenken, daß der Gläubiger ungerechtfertigt bereichert werden könnte, entbehren dann jeglicher Grundlage, denn die Leistung übergeht die Person des Gläubigers.

Man wende nicht ein, die Lösung sei unvollkommen, weil die Interessen des Gläubigers gänzlich außer Acht gelassen seien. Der Gläubiger könne ein Zurückbehaltungsinteresse an der Leistung haben, dessen Verwirklichung und Verwertung ihm jedoch durch die direkte Leistung an den Dritten genommen sei. Man müsse ihm daher das Wahlrecht zugestehen, Leistung an sich selbst oder an den Dritten zu fordern[142]). Dieses Gegenargument ist aber unzutreffend. Selbstverständlich kann der Gläubiger bei einem vorhandenen Zurückbehaltungsinteresse Leistung an sich selbst fordern, das besagt aber nichts gegen die vorgeschlagene Konstruktion einer direkten Leistung an den Dritten. Denn die Voraussetzungen sind in beiden Fällen gänzlich verschiedene. Bei der Geltendmachung des Zurückbehaltungsinteresses handelt es sich, wie wir oben S. 4 dargelegt haben, um Ersatz eines eigenen Schadens, hier wird durch das schuldhafte Verhalten des Schuldners das Vermögen des Gläubigers selbst betroffen, der Gläubiger kann daher die Schadensersatzleistung auch an sich verlangen; unser Problem beruht aber auf der Tatsache, daß der Gläubiger selbst gar keinen Schaden erlitten hat, sondern nur der Dritte; hier handelt es sich allein um die Geltendmachung fremden Schadens. Diese Verschiedenheit in den Voraussetzungen beider Ansprüche scheint bisher wenig beachtet zu sein. Solange der Gläubiger eigenen Schaden geltend macht, kann er Leistung an sich fordern[143]), sobald es sich um die Geltendmachung fremden Schadens handelt, ist es zweckmäßig, sich für eine direkte Schadensersatzleistung an den Dritten zu entscheiden, vermeidet man doch dadurch unnötige Doppelleistungen und Rechtsverwicklungen. Ein Wahlrecht, ob er Leistung an sich oder an den Dritten verlangen will, kann man dem Gläubiger daher nicht zugestehen, wenn er gegen den Schuldner fremden Schaden geltend macht.

Nebelsieck[144]) widerspricht dem Anspruch auf Leistung an den Dritten, da in diesem Fall dem Schuldner die Möglichkeit genommen würde, sich durch Aufrechnung mit einer Forderung gegen den Gläubiger zu befreien. Denn die beiden Forderungen seien ungleichartig[145]). Der Vorwurf der Ungleichartigkeit der beiden Forderungen entbehrt aber jeglicher Grundlage. Gleichartigkeit im Sinne von § 387 BGB bedeutet: die geschuldeten Leistungen müssen ihrem Gegenstand nach gleichartig sein. Gehen die beiden Forderungen auf Zahlung einer Geldschuld, so sind sie gleichartig und aufrechnungsfähig. Allein die Tatsache, daß der Anspruch des Gläubigers auf Leistung an den Dritten geht, steht der Gleichartigkeit der Forderungen und damit der Aufrechnung keinesfalls entgegen. Die Lage des Schuldners darf bei der Ausgestaltung des Schadensersatzanspruchs keinesfalls ungünstiger sein, als „wenn der Gläubiger infolge der Ersatzpflicht gegenüber dem Dritten den Schaden des Dritten als eigenen, durch die Ersatzhaftung auf

---

[142]) Leonhard, Schuldrecht § 92; Staub § 383, 20c; Oertmann § 249 3b δ; Plickert S. 52; Krückmann, Jher. 56, 309.

[143]) Zurückbehaltungsinteresse nur in Höhe der Forderung; darüber hinaus Leistung an den Dritten.

[144]) Nebelsieck S. 50. Ablehnend ebenfalls Kunze S. 62; Hellwig S. 77 ohne überzeugende Gründe.

[145]) v. Tuhr, Grünhut 25, 572.

ihn überwälzten Schaden geltend machen würde“ [146]). Die Aufrechnung der beiden Forderungen ist also unter der in § 393 BGB gegebenen Einschränkung durchaus möglich [147]). Aber noch aus einem anderen Gesichtspunkt heraus soll der Anspruch auf Leistung an einen Dritten unannehmbar sein. Zweck des Anspruchs des Gläubigers sei es, den Schaden des Dritten zu ersetzen. Die Erfüllung dieses Zwecks sei aber nicht immer gewährleistet, denn regelmäßig werde der Gläubiger nicht geneigt sein, das Interesse des Dritten selbst im Prozeßwege zu verfolgen [148]). Dagegen werde er zur Abtretung seines Ersatzanspruchs aus fremden Interesse an den Dritten bereit sein, da dies einfach aus Vertrag geschehe. Eine Abtretung der Forderung, die im Interesse des Dritten zu fordern sei, sei aber gar nicht möglich, wenn man die Forderung des Gläubigers auf Leistung an den Dritten richte. Die Abtretung würde nämlich zur Folge haben, daß die Leistung eine Veränderung ihres Inhalts erführe. Der Anspruch auf Leistung an den Dritten sei daher nach § 399 BGB nicht abtretbar [149]).

Diese Auffassung ist jedoch unzutreffend. Die Übertragung einer Forderung hat zwar ihre Grenzen, wo nicht nur die Person des Gläubigers, sondern zugleich der Leistungsgegenstand durch sie verändert wird. Das ist aber hier gar nicht der Fall; inhaltlich tritt bei der Abtretung des Anspruchs an den Dritten in der Leistung gar keine Veränderung ein. Der Leistungsgegenstand — regelmäßig handelt es sich um Zahlung einer Geldsumme — bleibt unverändert; daß an die Stelle des Gläubigers jetzt der Dritte tritt, ist kein Beweis für die Änderung des Inhalts; das ergibt sich vielmehr aus der Natur der Abtretung und aus der positiven Norm des § 398 BGB. Anders ist es allerdings bei der Abtretung höchst persönlicher Forderungen; sie würde eine Inhaltsveränderung mit sich bringen und darum unzulässig sein. Für unsere problemtragenden Fälle trifft dieser Tatbestand jedoch nicht zu; konsequenterweise bestehen daher gegen die Abtretbarkeit der Forderungen auf Leistung an Dritte keine Bedenken [150]). Zwar wird der Anspruch in der Hand des Dritten zu einem normalen Leistungsanspruch [151]), eine Änderung des materiellen Inhalts der Forderung ist darin aber nicht zu ersehen. Denn der Inhalt des Anspruchs geht dahin, dem Dritten Ersatz zu verschaffen; durch die Abtretung wird dieser Inhalt nicht verschoben.

Zweifel über die Abtretbarkeit der Forderung können vielmehr aus der Vorschrift des § 400 BGB entstehen: eine Forderung kann nicht abgetreten werden, soweit sie der Pfändung nicht unterworfen ist. Wir haben schon oben nachgewiesen, daß der Anspruch des Gläubigers auf Leistung an den Dritten nicht gepfändet werden und daher auch nicht in die Konkursmasse fallen kann. Denn der Gläubiger ist nur formell Gläubiger, wirtschaftlich bleibt sein Vermögen von der Leistung unberührt. Wird dadurch nun nach § 400 BGB die Abtretung des Anspruchs ausgeschlossen?

---

[146]) Krückmann, Jher. 56, 310.

[147]) Der Schuldner kann aber mit einer ihm gegen den Dritten zustehenden Forderung nicht aufrechnen gegen den Gläubiger, da es hier an der im § 387 BGB erforderlichen Gegenseitigkeit der Forderung mangelt. So richtig Nebelsieck gegen Krückmann, Jher. 56, 310; ebenso dagegen Regelsberger ebda. 41, 281.

[148]) Eine Verpflichtung des Gläubigers zur Geltendmachung fremden Schadens besteht nicht.

[149]) Nebelsieck S. 53.

[150]) Dies gegen Hellwig S. 91.

[151]) Vgl. v. Tuhr, Grünhut 25, 570.

Der rechtspolitische Grund der Pfändungsverbote, die zumeist in der ZPO aufgezählt sind, besteht darin, dem Berechtigten das zum Leben Notwendige gewähren zu wollen. Aus diesen sozialen Gründen hat das BGB mit dem Pfändungsverbot ein Abtretungsverbot verbunden. Die Unpfändbarkeit der Ansprüche auf Leistung an einen Dritten beruht aber nicht auf irgendwelchen sozialen Gesichtspunkten, sondern allein auf einer tatsächlichen Unmöglichkeit; tatsächliche Erwägungen stehen der Pfändbarkeit dieses Anspruchs entgegen. Die innere Verschiedenheit der Tatbestände gestattet m. E. auch eine verschiedene Behandlung; denn beruht die Unpfändbarkeit des Anspruchs auf Gründen tatsächlicher Art, so besteht doch kein Anlaß, trotz des Wortlauts von § 400 BGB eine Gleichstellung mit den Fällen herbeizuführen, denen ganz andere Voraussetzungen zugrundeliegen. Es bestehen durchaus keine Gründe, die Abtretung einer auf tatsächlicher Unmöglichkeit beruhenden unpfändbaren Forderung zu verhindern, wenn sonst nur Forderungen unpfändbar sind, die den notwendigen Lebensbedarf des Berechtigten gefährden. Vielleicht läßt sich sogar aus der entsprechenden Anwendung des im § 851 ZPO enthaltenen Gedankens eine Stütze unserer Ansicht finden. Nach § 851 I ZPO sind grundsätzlich solche Forderungen, die nicht abgetreten werden können, unpfändbar; beruht aber die Nichtabtretbarkeit nur auf Vereinbarung oder darauf, daß der Inhalt der Leistung verändert würde, so ist die Forderung pfändbar, wenn der Gegenstand pfändbar ist (§ 851 II ZPO); diese Regelung ist erforderlich, da sonst durch Vereinbarung die Forderung dem Zugriff der Gläubiger entzogen werden könnte. In entsprechender Weise könnte man für die Abtretung der Forderung folgenden Satz aufstellen: grundsätzlich sind Forderungen, die nicht gepfändet werden können, nicht abtretbar (§ 400 BGB); beruht aber die Unpfändbarkeit nur auf Gründen tatsächlicher Unmöglichkeit, so ist die Forderung abtretbar. Dieser Satz hat deshalb eine gewisse Berechtigung, weil die Unpfändbarkeit der Forderungen grundsätzlich stets auf Grund ausdrücklich normierter Verbote besteht, in unserem Fall jedoch nur auf Grund tatsächlicher Unmöglichkeit. M. E. bietet diese Auslegung das befriedigende Ergebnis, daß Forderungen auf Leistung an Dritte doch abgetreten werden können.

Zusammenfassend läßt sich daher sagen: Einer zweckmäßigen Ausgestaltung des Schadensersatzanspruches entspricht es, Leistung an den Dritten zu fordern[152]). Dieses Ergebnis wird allen Beteiligten gerecht und bietet auch zu rechtlichen Zweifeln wenig Anlaß[153]).

b). Grundsätzlich hat der Dritte in den Fällen der Geltendmachung fremden Schadens keinen selbständigen Anspruch gegen den Schuldner, da es diesem Anspruch an jeder rechtlichen Grundlage fehlt. Nur zum Gläubiger steht der Dritte in irgendwelcher Rechtsbeziehung. Eine Klage gegen den Schuldner kann der Dritte daher nur dann erheben, wenn ihm der Anspruch des Gläubigers abgetreten ist. Zwar nicht in der Form, daß ein inhaltsloser Anspruch abgetreten wird, der sich erst in der Person des Zessionars mit neuem Inhalt füllt[154]), eine solche Abtretung ist dem heutigen Recht unbekannt, der Anspruch muß von der Abtretung vollwirksam gewesen sein, andererseits ist eine Zession ausgeschlossen.

---

[152]) Ebenso v. Tuhr, Grünhut 25, 567 ff.; Enneccerus-Lehmann § 13 f.; anerkennend Planck § 249, 6 b γ; dagegen H. A. Fischer in ZHR 66, 427; Burkhardt S. 41.

[153]) Das BGB kennt Forderungen auf Leistung an einen Dritten in den §§ 525 II, 869 II, 986 I S. 2, 2194 S. 2.

[154]) H. A. Fischer S. 114.

Zu dieser Abtretung ist nun der Gläubiger überall verpflichtet, wo er Ersatz eines fremden Schadens zu verlangen hat[155]). Diese Pflicht ergibt sich ohne weiteres aus dem Verhältnis zwischen Gläubiger und Drittem, wenn ersterer als Geschäftsführer im weiteren Sinne für den Dritten tätig war (§§ 667, 675, 681 BGB, 384 II, 406, 407 II HGB). Doch wird nicht immer ein Auftrag oder auftragähnliches Verhältnis zwischen Gläubiger und Drittem bestehen; wenn z. B. der Verkäufer im eigenen Namen für Rechnung des Käufers diesem die Ware zusendet, so liegt regelmäßig kein besonderes Auftragsverhältnis vor, sondern die Versendung erfolgt vielmehr aus einer Nebenabrede oder Nebenverpflichtung des Kaufvertrages. Die Pflicht zur Abtretung des Schadensersatzanspruchs läßt sich daher nicht aus den §§ 667, 681 BGB herleiten, sondern dieser Tatbestand wie alle die Fälle, denen kein Auftrag oder auftragsähnliches Rechtsverhältnis zugrunde liegt, wird geregelt durch § 281 BGB[156]), soweit es sich um den Anspruch des Gläubigers gegen den Schuldner wegen zu vertretender Unmöglichkeit handelt.

Gegen die Anwendung von § 281 BGB wird der Einwand erhoben, aus § 281 ergebe sich nur die Abtretungspflicht für den eigenen Schaden des Gläubigers[157]). Für die Schadensersatzansprüche aus fremden Interesse lasse sich nur ein Gleiches durch analoge Anwendung von § 281 erreichen. Es ist jedoch nicht einzusehen, weshalb man dem Wortlaut von § 281 diesen engen Inhalt geben will. In erster Linie ist wohl an die Ersatzansprüche eigenen Schadens zu denken. Wenn aber § 281 vorschreibt, daß der Gläubiger, der infolge eines Umstandes, der die Leistung unmöglich macht, für den geschuldeten Gegenstand einen Ersatz oder Ersatzanspruch erlangt, dem Dritten zur Herausgabe des als Ersatz Empfangenen und zur Abtretung des Ersatzanspruchs verpflichtet ist, so läßt sich hierin kein Anhalt dafür finden, daß diese Vorschrift auf die Fälle eigenen Schadens beschränkt ist. Dieser Vorschrift unterliegen ebenfalls die Ansprüche aus fremden Interesse; eine unmittelbare Anwendung von § 281 erscheint daher ohne Bedenken[158]).

Besteht aber das schuldhafte Verhalten des Schuldners im Verzug oder in einer positiven Vertragsverletzung, so läßt sich die Pflicht zur Abtretung des Schadensersatzes aus der analogen Anwendung des § 281 BGB folgern, da die Sachlage durchaus gleicher Art wie bei schuldhafter Unmöglichkeit ist[159]).

Eines unmittelbaren Anspruchs des Dritten gegen den Schuldner bedarf es daher nicht; der Ansicht Endemanns[160]), die objektive Interessenlage verlange einen derartigen unmittelbaren Anspruch des Dritten, kann man keineswegs zustimmen, denn das Interesse des Dritten ist durch die dargelegte gesetzliche Regelung hinreichend geschützt. Auch die von v. Tuhr[161]) erörterten Bedenken, die ihn zur Konstruktion eines direkten Anspruchs des Dritten veranlassen, können keine Anerkennung finden. v. Tuhr behauptet, die Erzwingung der Zession stoße auf Schwierigkeiten, wenn z. B. der Gläubiger, dem die zu zedierende Klage zusteht, abwesend ist, oder wenn er die Zession zu Unrecht verweigert und der Anspruch

---

[155]) v. Tuhr, Grünhut 25 S. 573.

[156]) Gläubiger und Dritter nach unserer Terminologie entsprechen Schuldner und Gläubiger in § 281 BGB.

[157]) Kunze S. 19, 59, 66; Krückmann, Jher. 56, 268.

[158]) Ebenso Nebelsieck S. 68/69.

[159]) S. Nebelsieck S. 69.

[160]) Endemann S. 49.

[161]) v. Tuhr, Grünhut 25, 575; Kr. V. S. 43, 587.

gegen den Schuldner in der Zwischenzeit zu verjähren droht, namentlich aber, wenn der Gläubiger in Konkurs gefallen ist. Daß die Lage des Dritten jedoch in diesen Fällen schutzlos sein soll, ist unzutreffend. Verweigert der Gläubiger die Abtretung böswillig, so kann der Dritte auf Abtretung des Ersatzanspruches klagen, denn dem Gläubiger liegt die Pflicht zur Abtretung ob. Bei Abwesenheit des Gläubigers hilft, worauf Rust [162]) sehr richtig hinweist, § 89 ZPO aus. Der Dritte kann für den Gläubiger als Geschäftsführer ohne Auftrag Klage gegen den Schuldner erheben; dadurch wird zunächst mal die Verjährung des Anspruchs verhindert (§ 209 I BGB). Bringt der Dritte die ihm nach § 89 ZPO auferlegte Genehmigung der Prozeßführung innerhalb einer festgesetzten Frist nicht bei, tritt Abweisung der Klage ein, wodurch die Unterbrechung der Verjährung wieder aufgehoben wird (§ 212 I). Die Unterbrechung bleibt aber bestehen, wenn der Dritte innerhalb von sechs Monaten erneut Klage erhebt (§ 212 II). In dieser Zeit wird es dem Dritten möglich geworden sein, ein Urteil auf Abtretung des Ersatzanspruchs gegen den Gläubiger zu erlangen (§ 894 I ZPO) und jetzt als Zessionar zu klagen. Und wenn der Gläubiger in Konkurs fällt, so bedeutet dies, wie wir oben [163]) nachgewiesen haben, für den Dritten durchaus keine Gefahr. Die Ersatzleistung kann nicht in die Konkursmasse fallen, da sie wirtschaftlich nicht zum Vermögen des Gläubigers gehört.

Ein unmittelbarer Anspruch gegen den Schuldner ist dem Dritten daher nicht zu gewähren; es geht nicht an, sich durch gewagte Konstruktionen über die positiven Regelungen des Gesetzes hinwegzusetzen.

---

[162]) Rust S. 48.
[163]) Seite 35; gegen v. Tuhr auch Oertmann S. 46.

Lebenslauf.

Am 28. August 1908 wurde ich als Sohn des im Weltkrieg gefallenen Lehrers Julius Wiggert und seiner Ehefrau Auguste, geb. Eilers in Bremen geboren. Nach dreijährigem Volksschulbesuch in Bremen-Grambke besuchte ich von 1918—1927 das Realgymnasium in Bremen, das ich mit dem Zeugnis der Reife verließ. An den Universitäten in Marburg an der Lahn und in München studierte ich Rechts- und Staatswissenschaften. Die erste juristische Staatsprüfung bestand ich am 7. Februar 1931 vor dem juristischen Prüfungsamt bei dem Oberlandesgericht in Kassel. Die mündliche Doktorprüfung legte ich am 12. 9. 1931 bei der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität in Marburg an der Lahn ab. Seit dem 10. Juni 1931 befinde ich mich im Vorbereitungsdienst an den bremischen Gerichten und bin augenblicklich bei der Staatsanwaltschaft beschäftigt.